

# **Gutachterliche Stellungnahme**

## **Zur Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit von infrastrukturbezogenen Kriterien**

erstattet von

asso. Prof. Dr. Thomas Müller, LL.M.

Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre

Universität Innsbruck

# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Gutachtensauftrag</b> .....	2
<b>II. Einordnung</b> .....	3
<b>III. Anzuwendendes Recht</b> .....	5
1. <i>Unionsrecht</i> .....	5
2. <i>Nationales Recht</i> .....	7
<b>III. Infrastrukturbezogene Kriterien im Vergaberecht</b> .....	7
1. ÖPNV-VO und BVergGKonz 2018 .....	7
a) Regelungsstruktur .....	7
b) Anforderungen an Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen .....	8
c) Subsumtion .....	9
2. VergabeRL und BVergG 2018 .....	12
<b>IV. Zusammenfassung</b> .....	13

## I. Gutachtensauftrag

Ich wurde beauftragt, zur Frage der Zulässigkeit infrastrukturbezogener Kriterien bei ÖPNV-Ausschreibungen Stellung zu nehmen. Geprüft werden soll, ob folgende Vorgaben vergaberechtskonform sind:

- **Betriebshof im Verkehrsgebiet**
  - Ausreichend behördlich **genehmigte Abstellplätze für Busse und PKW** (Privat-PKW der Busfahrer); die Anzahl der Busse muss dem **im Verkehrslos notwendigen Busanzahl**, die für das Erbringen der Verkehrsleistung notwendig ist, entsprechen.
  - **Waschhalle für Busse**
  - **Büroräumlichkeiten, Aufenthaltsräume, Sanitärräume und Umkleideräume** (Arbeitnehmerschutz)
- **Vertriebsbüro im Verkehrsgebiet**

- **Kundenbüro bzw Büroinfrastruktur** für die Ausgabe von Tickets, Aufbewahrung von Fundgegenständen, Beratung von Kunden
- **Kunden-WC**

Soweit ersichtlich, sind die genannten Kriterien, von einigen Ausnahmefällen abgesehen, in der bisherigen Judikatur noch nicht abschließend beurteilt worden. Die folgenden Ausführungen stehen daher unter dem Vorbehalt einer (höchst-)gerichtlichen Klärung.

## II. Einordnung

Die zu untersuchenden Kriterien müssen im ersten Schritt in das vergaberechtliche System eingeordnet werden. In Frage kommen va Eignungskriterien, technische Spezifikationen und Ausführungsbedingungen sowie Zuschlagskriterien.<sup>1</sup> Diese Einordnung ist auch vor dem Hintergrund, dass die im Folgenden zu erörternden Rechtsgrundlagen (ÖPNV-VO, VergabeRL und BVergG 2018 bzw BVergGKonz 2018) unterschiedliche Regelungsdichten aufweisen, relevant, nicht zuletzt, weil diese Kategorien allen Regimen bekannt sind<sup>2</sup> und sich aus ihr die anzuwendenden Bestimmungen erschließen.

- Unter **Eignungskriterien** sind die vom Auftraggeber festgelegten, nichtdiskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen zu verstehen, die die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) der Bieter betreffen.<sup>3</sup> Kurz: Eignungskriterien sind rein unternehmerbezogene (und daher nicht auftragsgegenstandsbezogene) „K.O.“-Kriterien, die ein Bieter erfüllen kann oder nicht. Derartige Kriterien dürfen nur in dem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstandes Auftrages gerechtfertigt ist, ferner müssen sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Wenngleich in jüngerer Judikatur und Rechtsentwicklung eine gewisse Durchlässigkeit der Grenzen zu den Zuschlagskriterien festzustellen ist,<sup>4</sup> gilt nach wie vor, dass Eignungskriterien weder mit Zuschlagskriterien vermischt werden noch für die Angebotsbewertung als Zuschlagskriterien herangezogen dürfen („Doppelverwertungsverbot“).<sup>5</sup>
- **Technische Spezifikationen und sonstige Ausführungsbedingungen**, insbesondere wirtschaftlichen, innovationsbezogenen, sozialen (wie zB frauen-, behinderten-, sozial-

<sup>1</sup> S dazu auch: *BMVIT-Leitfaden*, Qualitätskriterien bei der Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen (2016).

<sup>2</sup> S zur Geltung der Bestimmungen über Eignung und Zuschlagskriterien für ÖPNV-Vergaben auch im Bereich der Konzessionsvergabe § 25 Abs 2 BVergGKonz 2018.

<sup>3</sup> S etwa § 2 Z 22 lit c BVergG 2018.

<sup>4</sup> S etwa EuGH 26.3.2015, Rs C-601/13, *Ambisig*.

<sup>5</sup> EuGH 20.9.1988, Rs 31/87, *Beentjes*, Rz 15 ff; VwSlg 17718 A/2009; RV 69 BlgNR 26. GP, 12.

und beschäftigungspolitische Belange) oder ökologischen Inhaltes,<sup>6</sup> beschreiben die für die Leistung geforderten Merkmale und bestimmen damit den Inhalt des ausgeschriebenen Vertrags. Sie können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion bzw Erbringung der nachgefragten Leistung oder auf einen spezifischen Prozess eines Lebenszyklus-Stadiums der Leistung beziehen. Diese Merkmale müssen aber nicht materieller Bestandteil der Leistung sein,<sup>7</sup> sie müssen aber jedenfalls mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu diesem verhältnismäßig sein,<sup>8</sup> ferner dürfen Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten oder aus Drittstaaten, die Partei des GPA oder der Freihandelsübereinkommen sind, denen die Union angehört, weder unmittelbar noch mittelbar diskriminiert werden.<sup>9</sup> Technische Spezifikationen müssen ferner allen Bewerbern und Bietern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.<sup>10</sup>

- **Zuschlagskriterien** sind der Maßstab, anhand dessen jene Angebote, die den Leistungsanforderungen entsprechen und von geeigneten Bietern stammen, bewertet werden und das **technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestangebotsprinzip)**<sup>11</sup> ermittelt wird. Zuschlagskriterien sind – anders als Eignungskriterien, die erfüllbar oder nicht erfüllbar sein müssen – so zu gestalten sind, dass sie „mehr oder weniger“ erfüllt werden können.<sup>12</sup> Die Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen und müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Zuschlagskriterien müssen ferner mit dem Gegenstand der Ausschreibung in Verbindung stehen, was allerdings schon dann der Fall ist, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß der Konzession zu erbringenden Leistungen beziehen.<sup>13</sup>

Im gegebenen Zusammenhang ist es empfehlenswert, – abgesehen von den vorhandenen Busparkplätzen – den Großteil der zu untersuchenden Kriterien als **Zuschlagskriterien oder**

---

<sup>6</sup> § 110 Abs 1 Z 13 BVergG 2018.

<sup>7</sup> Das bedeutet, dass die nachgefragten Merkmale keinen materiellen Niederschlag in den Leistungsbestandteilen bzw deren physischen Eigenschaften finden müssen (RV 69 BlgNR 26. GP, 15).

<sup>8</sup> S etwa § 2 Z 37 BVergG 2018.

<sup>9</sup> ErwGr 98 der RL 2014/24/EU.

<sup>10</sup> § 106 Abs 1 BVergG 2018.

<sup>11</sup> Im gegebenen Zusammenhang spielt das Billigstangebotsprinzip keine Rolle.

<sup>12</sup> S etwa *Holoubek*, Auftragsbezogene Anbieteraspekte bei der Bestbieterermittlung, ZVB 2008, 293 (294).

<sup>13</sup> § 2 Z 22 lit d BVergG 2018.

**Ausführungsbedingungen** einzuordnen. Sie sind nämlich nur dann als Eignungskriterium darstellbar, wenn sie sich unmittelbar der **Befähigung und Leistungsfähigkeit** zuordnen lassen.<sup>14</sup> Insofern ist die Handlungsfreiheit des Auftraggebers bei Eignungskriterien grundsätzlich eingeschränkter als bei Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen: IdS enthält etwa das BVergG 2018 eine abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel in Bezug auf die technische Eignung.<sup>15</sup>

### III. Anzuwendendes Recht

#### 1. Unionsrecht

Die europäischen Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im öffentlichen Personenverkehr mit Bussen sind durch ein komplexes System gekennzeichnet: Primär anzuwenden ist das vergaberechtliche Sonderregime der unmittelbar anwendbaren VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ÖPNV-VO)<sup>16</sup>. Öffentliche Dienstleistungsaufträge können jedoch auch in den Anwendungsbereich der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge<sup>17</sup> fallen. In diesem Fall kommt das Sondervergaberecht des Art 5 Abs 2 bis 6 ÖPNV-VO nicht zur Anwendung. Hingegen findet die KonzessionsRL 2014/23/EU keine Anwendung, da sie gem ihrem Art 10 Abs 3 nicht für Konzessionen für öffentliche Personenverkehrsdienste gilt. Hinsichtlich solcher Dienstleistungskonzessionen gilt somit allein die ÖPNV-VO bzw deren vergaberechtliches Sonderregime.<sup>18</sup> Insofern ist hinsichtlich des anzuwendenden vergaberechtlichen Regimes zwischen **Dienstleistungskonzessionen und Dienstleistungsaufträgen iSd genannten VergabeRL zu unterscheiden.**

Art 5 Abs 1 ÖPNV-VO bestimmt daher:

*„Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien [2014/24/EU und 2014/25/EU] 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 [genannten] Richtlinien [...] vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.**“*

---

<sup>14</sup> S dazu Art 58 RL 2014/24/EU.

<sup>15</sup> § 85 BVergG 2018.

<sup>16</sup> ABI 2007 L 315/1 idF ABI 2016 L 354/22.

<sup>17</sup> Allgemeine VergabeRL 2014/24/EU und SektorenRL 2014/25/EU.

<sup>18</sup> S dazu Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, 2014/C 92/01, Pkt 2.1.1.

Zur Unterscheidung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession ist Folgendes festzuhalten:

- „**Dienstleistungsaufträge**“ sind zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossene entgeltliche schriftliche Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen.<sup>19</sup>
- „**Dienstleistungskonzessionen**“ sind gem Art 5 Abs 1 lit b KonzessionsRL 2014/23/EU entgeltliche, schriftlich geschlossene Verträge, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Besondere Bedeutung hinsichtlich der Unterscheidung zum Dienstleistungsauftrag kommt dabei dem Betriebsrisiko zu: Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können.

Die für die Konstruktion einer Dienstleistungskonzession typische Voraussetzung, dass die Dienstleistung für Dritte, im Konkreten die Fahrgäste, erbracht werden muss, ist bei Busverkehren regelmäßig erfüllt. Ob das wirtschaftliche Risiko – idR in Gestalt der Erwirtschaftung von Erlösen aus dem Ticketverkauf – in ausreichendem Maße auf den Erbringer der Dienstleistung übergeht, muss im Einzelfall beurteilt werden. Dies hängt insbesondere davon ab, ob mit dem Betreiber ein Brutto- (volle Abgeltung) oder ein Nettovertrag (wesentliche Finanzierung über Nutzer; Anreizvertrag) abgeschlossen wird.<sup>20</sup> Nach den vorliegenden Informationen erfolgen die vom VTG durchgeführten Vergaben von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Personenverkehr mit Bussen mittels einer solchen Dienstleistungskonzession, womit das gegenüber den VergabeRL günstigere Sonderregime der ÖPNV-VO zur Anwendung kommt. Da diesbezüglich aber Bedenken bestehen – zumal der VTG ein System von Bruttoverträgen installiert hat –, sollen im Folgenden auch die Vorgaben der VergabeRL und das BVergG 2018 analysiert werden.

Klarzustellen ist, dass etwaige **zusätzliche Beauftragungen mit Verkehrsdiensten** (zB Schi- oder Wanderbusse), die **durch Private** erfolgen, die selbst keine öffentlichen Auftraggeber sind

---

<sup>19</sup> Art 2 Z 1 und 5 RL 2014/25/EU; Art 2 Abs 1 Z 9.

<sup>20</sup> Vgl *Kahl/Müller*, Gemeinden und Länder im Binnenmarkt (2015) 99.

und die mit einem Einnahmerisiko verbunden sind, bei der Frage der Einordnung eines Auftrags des VTG nicht zu berücksichtigen sind.

## 2. *Nationales Recht*

Das seit August 2018 in Kraft stehende BVergGKonz 2018 setzt die Vorgaben der KonzessionsRL um, enthält aber darüber hinaus Sondervorschriften für Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste gem der ÖPNV-VO.<sup>21</sup> Das BVergGKonz 2018 findet also auf vertragsförmige Konzessionsvergaben über öffentliche Personenverkehrsdienste Anwendung.<sup>22</sup> Zu beachten ist idZ, dass die unmittelbar anwendbare ÖPNV-VO wie erwähnt materielle Regelungen enthält, die bei der Durchführung dieser Konzessionsvergabeverfahren zwingend eingehalten werden müssen. Diese Gemengelage von VO und BVergGKonz 2018 führt dazu, dass die Verpflichtung zur Bekanntmachung und deren Inhalte sich aus der ÖPNV-VO, die Modalitäten der Veröffentlichung und einige „Austriaca“ sich aus den einschlägigen Bestimmungen des BVergGKonz 2018 ergeben.<sup>23</sup> Zur Anwendung kommen insbesondere § 14 (Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens), § 44 BVergGKonz 2018 (Eignung der Unternehmer), § 56 (Einhaltung arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Bestimmungen) oder § 71 (Wahl des Angebotes für den Zuschlag). Dabei richten sich die nach dem BVergGKonz 2018 anzuwendenden Bestimmungen danach, ob ein wettbewerbliches Verfahren<sup>24</sup> oder ein Sonderverfahren nach der ÖPNV-VO<sup>25</sup> durchgeführt wird.

Soweit hingegen ein Dienstleistungsauftrag vorliegt, sind die Bestimmungen des BVergG 2018 heranzuziehen.

### III. Infrastrukturbezogene Kriterien im Vergaberecht

#### 1. ÖPNV-VO und BVergGKonz 2018

##### a) Regelungsstruktur

Die ÖPNV-VO unterscheidet vier Konstellationen: Eigenerstellung (5 Abs 2), Direktvergabe (Art 2 lit h iVm Art 5 Abs 4), Notmaßnahmen (Art 5 Abs 5) und – das hier interessierende – wettbewerbliche Verfahren: Werden für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste Dritte herangezogen, die keine internen Betreiber sind, so muss die zuständige Behörde gemäß **Art 5 Abs 3 ÖPNV-VO** öffentliche Dienstleistungskonzessionen im Wege eines fairen,

---

<sup>21</sup> § 25 BVergGKonz 2018.

<sup>22</sup> RV 69 BlgNR 26. GP, 246.

<sup>23</sup> RV 69 BlgNR 26. GP, 247.

<sup>24</sup> Art 5 Abs 3 ÖPNV-VO.

<sup>25</sup> S dazu insbesondere Art 5 Abs 2, 4 und 6 ÖPNV-VO (Direktvergaben, Vergabe an „internen Betreiber“).

offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden **wettbewerblichen Vergabeverfahrens** vergeben. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können unter Einhaltung der genannten Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers am besten Rechnung zu tragen ist.

b) Anforderungen an Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen

Weitere Vorgaben für das Vergabeverfahren sind der Art 5 ÖPNV-VO nicht zu entnehmen: Das Verfahren der ÖPNV-VO fällt daher in Bezug auf die inhaltliche Rigidität deutlich hinter dem in den VergabeRL geregelten Verfahren zurück.<sup>26</sup> Insbesondere werden **keine Eignungs- oder Zuschlagskriterien** definiert. Art 5 Abs 3 ÖPNV-VO ist vielmehr an den **primärrechtlichen Grundsätzen** orientiert, die der EuGH in Anwendung der Grundfreiheiten für mitgliedstaatliche Beschaffungsentscheidungen entwickelt hat.<sup>27</sup> Auch dieses vergabeprimärrechtliche Regime ist nur rudimentär ausgestaltet. Dieses Konzept hat zur Folge, dass es den Mitgliedstaaten möglich ist, **Art und Inhalt der politisch erwünschten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse** zu definieren. Insbesondere können die Mitgliedstaaten die Qualitätsstandards im Rahmen eines weiten Ermessensspielraums festlegen. IdS hebt ErwGr 17 der ÖPNV-VO hervor, dass es den zuständigen Behörden freisteht, *„soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen, der Fahrgastrechte, der Bedürfnisse von Personen mit eingeschränkter Mobilität, des Umweltschutzes, der Sicherheit von Fahrgästen und Angestellten sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen und anderen Vorschriften und Vereinbarungen in Bezug auf den Arbeitsplatz und den Sozialschutz an dem Ort, an dem der Dienst erbracht wird.“*

Die Geltung des Vergabeprimärrechts und damit der Vergabegrundsätze (vgl § 14 BVergGKonz 2018) hat zur Folge, dass bei der Festlegung von Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen die **Prinzipien der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes einzuhalten sind**. Zusammengefasst sind daraus folgende Bedingungen vergaberechtskonformer Kriterien oder Ausführungsbedingungen abzuleiten:

---

<sup>26</sup> S etwa *Nettesheim*, Das neue Dienstleistungsrecht des ÖPNV – Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2009, 1449 ff.

<sup>27</sup> *Müller*, Europäisches und internationales Vergaberecht, in Schramm et al (Hrsg), Kommentar zum BVergG 2006 (2016) Rz 75 ff.



- **Auftragsbezogenheit:** Der Auftraggeber ist, sofern das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot gewählt werden soll, grundsätzlich frei, die Kriterien für die Zuschlagserteilung festzulegen.<sup>28</sup> Es dürfen aber nur solche Kriterien gewählt werden, welche mit dem Auftrag in sachlicher Verbindung stehen, also den Auftragsgegenstand charakterisieren.<sup>29</sup> Ferner müssen die Kriterien die Feststellung des „*technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots*“ ermöglichen.<sup>30</sup> Sie sollen eine Ausübung des dem Auftraggeber zustehenden Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten ermöglichen und einen objektiven Vergleich des relativen Wertes der Angebote sicherstellen. Allerdings müssen die Kriterien nicht rein wirtschaftlicher Natur sein, zumal sozial-ökologische Kriterien und innovative Aspekte ausdrücklich zulässig sind.<sup>31</sup> Überdies ist es **nicht erforderlich** – so der EuGH – „*dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht.*“<sup>32</sup> Es darf aber nicht nur auf die „*allgemeine Unternehmenspolitik*“ bezogen sein.<sup>33</sup>
- **Nichtdiskriminierung:** Kriterien dürfen nicht auf bestimmte Unternehmen „maßgeschneidert“ sein, Bieter aus anderen EU-Staaten dürfen nicht de facto ausgeschlossen werden.<sup>34</sup> Problematisch ist insbesondere die gebietsmäßige Einschränkung des Bieterkreises.
- **Verhältnismäßigkeit:** Die Kriterien müssen im Lichte der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt werden, dh sie müssen insbesondere geeignet (was im Regelfall schon von der Auftragsbezogenheit abgedeckt wird), erforderlich und zur Zielerreichung adäquat sein.<sup>35</sup>

#### c) Subsumtion

Im Lichte der skizzierten vergaberechtlichen Voraussetzungen ist nun danach zu fragen, ob die vorgeschlagenen Kriterien zulässig sind. Dazu ist zunächst hervorzuheben, dass infrastrukturbezogene Vorgaben auch bei Dienstleistungsaufträgen bzw -konzessionen im Verkehrsbereich nicht per se ausgeschlossen sind, vielmehr **im Lichte der Versorgungssicherheit geradezu erforderlich sind**. Ferner ist festzuhalten, dass aus der Freiheit des Auftraggebers zur Festlegung der Zuschlagskriterien folgt, dass er diese nicht an

<sup>28</sup> S etwa ErwGr 89 ff der RL 2014/24/EU.

<sup>29</sup> EuGH 17.9.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Rz 64.

<sup>30</sup> EuGH Rs 31/87, *Beentjes*, Rz 19.

<sup>31</sup> § 14 Abs 5, 6 und 7 BVergGKonz 2018.

<sup>32</sup> EuGH 10.5.2012, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, Rz 91.

<sup>33</sup> *Frenz*, Vergaberecht. EU und national (2018), Rz 1569.

<sup>34</sup> S nur *Frenz*, Vergaberecht Rz 1436 ff.

<sup>35</sup> *Frenz*, Vergaberecht Rz 1440.

den verwaltungsrechtlichen Erfordernissen auszurichten hat oder maW: **Der Auftraggeber kann und soll über gewerbe-, verkehrs- oder straßenrechtliche Anforderungen hinausgehen** (er darf diese aber freilich auch nicht unterwandern).<sup>36</sup> Er muss aber freilich die Kriterien objektiv rechtfertigen können.

- Zur **Auftragsbezogenheit**: Es ist unbestritten, dass die zu untersuchenden Kriterien in einem (mittelbaren oder unmittelbaren) Zusammenhang zu ÖPNV-Aufträgen stehen. Das Vorhandensein von **ausreichend behördlich genehmigten Busparkplätzen** ist auch als Eignungskriterium (technische Leistungsfähigkeit) zulässig, weil es im unmittelbaren Zusammenhang zum Nachweis der erforderlichen Kapazitäten steht.<sup>37</sup> Einen unmittelbaren Zusammenhang zum Auftrag weist ferner das Kriterium „*Vertriebsbüro im Verkehrsgebiet*“ auf: Es fällt unter das im Übrigen auch sekundärrechtlich ausdrücklich anerkannte Zuschlagskriterium des „*Kundendienstes*“.<sup>38</sup> Das gilt aber nicht für den Nachweis ausreichender **Parkplätze für die Arbeitnehmer**, soweit dieser über verwaltungsrechtliche Anforderungen hinausgeht: Ein derartiges Kriterium steht in einem bloß *mittelbaren Zusammenhang* zum öffentlichen Auftrag und ist insofern – auch unter dem Blickwinkel der recht großzügigen Judikatur des EuGH – kritisch zu sehen. Dasselbe gilt für die Kriterien „*Büroräumlichkeiten, Aufenthaltsräume, Sanitärräume und Umkleieräume*“: Entsprechende Vorgaben scheinen nicht von vorneherein ausgeschlossen, stehen aber ebenfalls nur mehr in einem losen Zusammenhang zum Auftrag. Sollten sie aufgenommen werden, ist ihre reduzierte Bedeutung zur Auftragserfüllung bei der Gewichtung zu berücksichtigen. Demgegenüber steht das Kriterium „*Waschhalle für Busse*“ in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Auftrag, nicht zuletzt weil damit die Einsatzfähigkeit der Busse (va im Winter) und folglich die Versorgungssicherheit<sup>39</sup> gefördert bzw sichergestellt wird. **Zusammengefasst fällt die Beurteilung der zu prüfenden Kriterien differenziert aus.** Es wird empfohlen, kritische Kriterien entweder gar nicht aufzunehmen oder entsprechend gering zu gewichten.
- Ähnliches ergibt sich auch, wenn man danach fragt, ob die vorgeschlagenen Kriterien eine mittelbare oder unmittelbare **Diskriminierung** bewirken bzw einem wirksamen Wettbewerb entgegenstehen und insgesamt **verhältnismäßig** sind. Diese Frage ist

---

<sup>36</sup> Das folgt aus Sicht der österreichischen Verwaltungsrechtsdogmatik aus dem Umstand, dass öffentliche Auftragsvergaben der Privatwirtschaftsverwaltung und nicht der Hoheitsverwaltung zuzuordnen sind.

<sup>37</sup> S dazu etwa LVwG Wien 9.1.2018, VGW-123/074/6721/2017/E, wonach beim Nachweis der erforderlichen Fahrzeugkapazitäten im Zuge der technischen Leistungsfähigkeit die Befugnis erst mit Leistungsbeginn vorzuliegen hat

<sup>38</sup> Art 67 Abs 2 lit c RL 2014/24/EU.

<sup>39</sup> S dazu unten Pkt 2.

gerade bei jenen Kriterien, die sich nicht auf die materiellen Eigenschaften der nachgefragten Leistung beziehen, zu stellen.<sup>40</sup> Tatsächlich sind die genannten Kriterien dazu angetan, Bestandsunternehmer einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Eingedenk des auch vergaberechtlich anerkannten weiten Spielraums der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen bei der Definition der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Allgemeinen und der Vergabebedingungen im Besonderen sowie der praktisch inexistenten verfahrensrechtlichen Determinierung durch die ÖPNV-VO, kann nicht jeder potentielle Wettbewerbsvorteil zur Vergaberechtswidrigkeit führen. Dem Grundsatz der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs ist aber dadurch Rechnung zu tragen, dass die tatsächliche Erfüllung der infrastrukturbezogenen Kriterien erst **mit Leistungsbeginn** verlangt wird. Dafür dürfen und müssen im Lichte der gebotenen Versorgungssicherheit **Nachweise über die Verfügbarkeit über die erforderlichen Infrastrukturen** verlangt werden (zB Vorverträge), wobei auch hier ein weiter Ermessensspielraum, insbesondere bei der Art der Nachweise und der Gewichtung der Kriterienerfüllung besteht. Ferner ist aus der Sicht der Erforderlichkeit vorzusehen, dass auch **gleichwertige Leistungen** zugelassen werden (so könnte zB die Ticketausgabe durch ein Kundenbüro durch einen Ticketautomaten ersetzt werden). Aus der Sicht der Erforderlichkeit kritisch zu betrachten sind allerdings konkrete Vorgaben für die Büroräumlichkeiten oder bezüglich des Vorhandenseins eines Kunden-WCs.

Auch ein Blick in die Judikatur bestätigt die hier vertretene Auffassung, dass **für die Leistungserbringung notwendige Infrastrukturen** vergaberechtlich zulässige Kriterien sind. So hatte der EuGH in der **Rs ATI EAC** Zuschlagskriterien betreffend „Supportstrukturen“ für ÖPNV-Aufträge zu beurteilen, die mit den hier zu diskutierenden Kriterien vergleichbar sind. Diese umfassten etwa *„Abstellhallen und/oder Parkflächen für die Busse [...], die dem Unternehmen gehören oder ihm zur Verfügung stehen“* und die *„Zahl der Geschäftsstellen“*.<sup>41</sup> Der EuGH hat diese Kriterien nicht beanstandet, obwohl er Gelegenheit dazu hatte.

Sodann wäre nicht einsichtig, warum die reichlich unbestimmten *„Maßnahmen zur Wahrnehmung regionaler Verantwortung bei der Leistungserbringung“* ein bislang akzeptiertes Zuschlagskriterium für Vergaben durch den VTG darstellen, die hier erwähnten aber nicht. Diesbezüglich ist auch zu vermerken, dass der EuGH **eine ausreichende Information der Bieter über die Kriterien und Modalitäten** verlangt, anhand deren das

---

<sup>40</sup> RV 69 BlgNR 26. GP, 13.

<sup>41</sup> EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI EAC* (wobei es hier um die Frage der Zulässigkeit einer Spezifikation der Bewertungskriterien im laufenden Vergabeverfahren ging).

wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird.<sup>42</sup> In diesem Lichte erscheint die Vorgabe konkreter Zuschlagskriterien vorzugswürdiger.

Schließlich ist hervorzuheben, dass auch den Bestimmungen des BVergGKonz 2018, die auf ÖPNV-Vergaben anzuwenden sind, keine andere Wertung zu entnehmen ist. § 71 BVergGKonz 2018 ist in Entsprechung der KonzessionsRL<sup>43</sup> nur zu entnehmen, dass „*der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen [ist], mit dem ein **wirtschaftlicher Gesamtvorteil** für den Auftraggeber erzielt wird.*“ Welche genaue Bedeutung der Wendung „*wirtschaftlicher Gesamtvorteil*“ insbesondere im Unterschied zum klassischen Bereich zukommt, ist noch judikativ zu klären. Sie weist aber jedenfalls darauf hin, dass der Gestaltungsspielraum des Auftraggebers im Bereich des Konzessionsvergaberechts tendenziell weiter ist als jener im klassischen Bereich.

## 2. VergabeRL und BVergG 2018

Nicht wesentlich anders stellt sich die Rechtslage nach der RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU sowie dem BVergG 2018 dar. Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU und Art 82 Abs 2 RL 2014/25/EU nennen beispielsweise zahlreiche nicht-preisliche Kriterien in Form qualitativer, umweltbezogener bzw sozialer Aspekte und lösen sich damit von strikten gegenstandsbezogenen Elementen. Zu diesen Kriterien zählt auch die **Versorgungssicherheit**.<sup>44</sup> Ebenso kann die **Ortsnähe** ein leistungsbezogenes Kriterium bilden.<sup>45</sup> Auch hier gelten die oben skizzierten Bedingungen (Auftragsbezogenheit, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit) und dieselben Überlegungen hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit der hier interessierenden Kriterien.

Erwähnenswert ist sodann, dass die §§ 91 Abs 6 und 262 Abs 5 BVergG 2018 bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gem dem ÖPNRV-G 1999 die Vorgabe „*qualitätsbezogener Aspekte*“ **verlangen**, wobei hier **soziale Aspekte** zu berücksichtigen sind. Damit hat der Auftraggeber hinsichtlich des „Ob“ solcher Kriterien keinen Ermessensspielraum, sondern nur hinsichtlich des „Wie“,<sup>46</sup> wobei es ihm ausdrücklich

---

<sup>42</sup> EuGH 14.7.2016, C-6/15, *TNS Dimarso*: Danach folgt aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Transparenzpflicht, dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom Auftraggeber beurteilt werden, gleichbehandelt werden müssen. Daher haben die Zuschlagskriterien und Gewichtungsregeln vom Beginn des Vergabeverfahrens an klar bestimmt zu sein. Da diese Judikatur aus den allgemeinen Vergabegrundsätzen entwickelt wurde, kann sie auch auf ÖPNV-Vergaben übertragen werden.

<sup>43</sup> Art 41 Abs 1 KonzessionsRL.

<sup>44</sup> Art 82 Abs 2 lit c RL 2014/25/EU.

<sup>45</sup> *Frenz*, Vergaberecht Rz 1426.

<sup>46</sup> Bei der Beschreibung der Leistung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrags.

erlaubt ist, die von ihm festgelegten Qualitätsaspekte als zwingende Anforderungen (etwa im Rahmen der technischen Spezifikationen oder im Rahmen der Ausführungsbedingungen) festzulegen. Ausschreibungen im Anwendungsbereich der genannten Bestimmungen, die keine qualitätsbezogenen Aspekte ausweisen, sind rechtswidrig und daher bekämpfbar.<sup>47</sup> Diese Bestimmungen ermöglichen daher nicht nur die Berücksichtigung sozial-ökologischer Kriterien, sie fordern sie auch.

#### IV. Zusammenfassung

- Infrastrukturbezogene Kriterien bei Auftragsvergaben im Bereich des ÖPNV sind zulässig und zudem im Lichte der **Versorgungssicherheit** erforderlich, sie sind allerdings wegen ihrer potentiellen Wettbewerbswirkungen objektiv zu **rechtfertigen**.
- Hinsichtlich der in Frage kommenden **Vergaberegime** (VergabeRL, ÖPNV-VO, BVergG 2018, BVergGKonz 2018) bestehen **keine relevanten Unterschiede** in Bezug auf den Maßstab für Vergabekriterien. Letztere müssen **auftragsbezogen** sein, dürfen zu keiner (mittelbaren oder unmittelbaren) **Diskriminierung** führen und müssen schließlich **verhältnismäßig** sein.
- Die Entwicklung des Vergaberechts ist in den letzten Jahren durch eine **deutliche Öffnung gegenüber sozial-ökologischen Kriterien** gekennzeichnet, die noch vormals als „vergabefremd“ gekennzeichnet waren. Diese Öffnung wirkt sich auch auf die genannten Maßstäbe aus und bedeutet eine erhebliche Erweiterung des Gestaltungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers. Dies folgt auch aus dem Umstand, dass die ÖPNV-VO keine konkreten Regelungen über die Kriterien vorsieht und somit auf allgemeine primärrechtliche Maßstäbe (Vergabegrundsätze) zurückzugreifen ist.
- Dennoch sind Vergabekriterien in jedem Einzelfall zu prüfen. Nach der hier vertretenen Ansicht sind solche **infrastrukturbezogenen Kriterien, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Auftrag** stehen (zB Busparkplätze, Kundenbüro) **unbedenklich**, soweit sie am Leistungsbeginn ansetzen und gleichwertige Leistungen zugelassen werden. Um die **zeitgerechte Verfügbarkeit der Infrastrukturen** sicherzustellen, sind entsprechende Nachweise der Bieter zu verlangen, wobei hinsichtlich der Art der Nachweise ein Gestaltungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers besteht. Hingegen sind solche Kriterien, die nur lose mit dem Auftrag verbunden sind (zB Kunden-WC, Arbeitnehmerparkplätze) – auch vor dem Hintergrund einer großzügigen EuGH-Judikatur – bedenklich, stark anfechtungsgefährdet und daher nicht empfehlenswert.

---

<sup>47</sup> RV 69 BlgNR 26. GP, 119.

Sollten sie dennoch aufgenommen werden, müssten die Gewichtungsregeln ihre geringe Bedeutung für die Auftrags Erfüllung widerspiegeln.

Innsbruck, am 25.3.2019

