



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

An die
Kommission der
Europäischen Gemeinschaft
Generaldirektion Markt
C 100 2/005
B-1049 Brüssel

Geschäftszahl: BKA-671.801/0051-V/A/8/2004
Abteilungsmail: v@bka.gv.at
Sachbearbeiterin: Frau Mag Johanna HÖLLER
Pers. E-mail: johanna.hoeller@bka.gv.at
Telefon : 01/53115/4029
Ihr Zeichen
vom:

Per Email: MARKT-D1-PPP@cec.eu.int

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die
Abteilungsmail

Betrifft: Grünbuch PPP;
Stellungnahme der Republik Österreich

Zum Grünbuch der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30. April 2004, KOM(2004) 327, wird nach Konsultation der betroffenen Kreise folgende Stellungnahme seitens der Republik Österreich abgegeben:

I. Einleitende Bemerkung zur Terminologie:

Es wird darauf hingewiesen, dass die im Grünbuch verwendete Bezeichnung „ÖPP“ in Österreich unüblich ist; es wird daher im Folgenden die auch international übliche Abkürzung „PPP“ verwendet.

Es darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass der Begriff PPP lediglich Public Private Partnerships, d.h. Partnerschaften bzw. Kooperationen zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor, nicht aber Public Public Partnerships, d.h. Kooperationen zwischen verschiedenen Akteuren des öffentlichen Sektors (etwa mehrerer Gemeinden oder einer Gemeinde mit einem ausgliederten Rechtsträger, der selbst öffentlicher Auftraggeber ist) erfasst. Da Public Public Partnerships rein sprachlich von der Abkürzung PPP umfasst sein könnten, soll daher hiermit klargestellt werden,

dass nur Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand einerseits und privaten Partnern andererseits vom Begriff „PPP“ und von der vorliegenden Stellungnahme erfasst sind.

II. Allgemeines zu PPP:

Public Private Partnership (PPP) ist in Österreich als Begriff positiv-rechtlich nicht verankert. Auch eine von rechtlichen Definitionen unabhängige Begriffsbestimmung durch die Lehre gestaltet sich schwierig, weil PPP einen – noch dazu aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammenden – Sammelbegriff für eine Vielzahl möglicher Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Sektor darstellt und sich nicht etwa in einer bestimmten Vertrags- oder Gesellschaftsform erschöpft.

Eine **Arbeitsdefinition** von PPP könnte folgende Formulierung darstellen: PPP ist eine auf Dauer angelegte Kooperation von öffentlicher Hand und privater Wirtschaft bei der Planung, der Erstellung, der Finanzierung, dem Betreiben oder der Verwertung von (bislang) öffentlichen Aufgaben mit angemessener Verteilung der Risiken und Verantwortlichkeiten.

PPP als Begriff ist auch dem Vergaberecht unbekannt, sodass die übliche Typologie der einschlägigen Rechtsnormen (Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsauftrag sowie Bau- und Dienstleistungskonzessionen) zur Anwendung gelangt (d.h. eine Zuordnung zu den von den Richtlinien definierten „Vertragstypen“ erfolgen muss).

Die Situation der öffentlichen Haushalte erschwert den Gebietskörperschaften oft die Erbringung qualitativ hochwertiger und preislich wettbewerbsgerechter Infrastruktur-Dienstleistungen. PPP als neue, innovative Form der Zusammenarbeit zwischen Verwaltungen und Wirtschaft stellen eine Möglichkeit dar, die öffentlichen Verwaltungen bei der Lösung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Die öffentliche Hand sucht vor allem Finanzierungspartner für Bauleistungen und Betreiber öffentlicher Einrichtungen. Public-Private-Partnerships ermöglichen jedoch neben der Erschließung neuer Finanzierungsmöglichkeiten auch den Zugang zu operativem und strategischem Know-how, Managementfähigkeiten und Erfahrungen der Privatwirtschaft für die Öffentliche Hand, um die Effizienz und Effektivität der Verwaltung zu erhöhen und somit die Leistungserbringung zu verbessern. Schließlich können PPP zur Verwirklichung eines konkreten Bürokratieabbaus und der Verwaltungsmodernisierung beitragen.

Insbesondere in Großbritannien sind Public Private Partnership-Projekte seit längerem ein bekanntes Modell, um die Strukturen des öffentlichen Sektors mit dem Know-how der Wirtschaft zum gegenseitigen Nutzen zu verbinden. Das britische Instrument „Private Finance Initiative“ (PFI), die vorherrschende Form von PPP, wurde bereits 1992 unter der konservativen Regierung Major geschaffen, um zusätzliche öffentliche Investitionen mit Hilfe privaten Kapitals zu ermöglichen. Das Instrument wurde von der folgenden Labour-Regierung übernommen.

In Europa nehmen neben Großbritannien die Niederlande und Irland eine Vorreiterrolle ein. In Deutschland setzen sich Public Private Partnerships erst allmählich durch, in letzter Zeit ist allerdings eine dynamische Entwicklung zu beobachten. In Österreich sind die praktischen Erfahrungen auf diesem Gebiet noch geringer. Gleichzeitig rückt PPP wegen des sonst schwer zu deckenden staatlichen Bedarfs an Investitionen auch hierzulande zunehmend in das Zentrum des Interesses.

In Großbritannien gelangte ein durch die Treasury Taskforce (Arbeitsgruppe des Finanzministeriums) in Auftrag gegebenes Gutachten zu durchschnittlichen geschätzten Einsparungen von 17%. Untersuchungen in Deutschland zu Einsparpotenzialen bei PPP zeigen, dass im Vergleich zur herkömmlichen Realisierung öffentlicher Infrastrukturprojekte 10 bis 20% eingespart werden können. Zugleich besteht ein großes beschäftigungspolitisches Interesse, da durch die Mobilisierung privaten Kapitals der Ausbau öffentlicher Infrastrukturen gesichert oder gar beschleunigt werden kann.

Internationale Erfahrungen zeigen, dass PPP in vielen Bereichen öffentlicher Leistungserbringung sinnvoll sein können. Beispiele für PPP-Modelle sind zahlreich; sie sind vor allem in Versorgungsbereichen zu finden, die hohe Infrastrukturaufwendungen erfordern, insbesondere im Verkehrsinfrastrukturbereich, für Schulen, Hochschulen, Krankenhäuser, Altersheime, Justizanstalten, Messegelände, Sportstätten etc.

PPP gewinnen aber erst dann an strategischer Relevanz, wenn sie mehr sind als finanzielle Notlösungen in Zeiten knapper Kassen. Sie müssen sich für den Staat gleichermaßen wie für die Wirtschaft lohnen. Ziel ist eine „win-win-Situation“ für beide, nicht nur in finanzieller Hinsicht, sondern zum Beispiel auch hinsichtlich der Bündelung von Wissen und dem Austausch von Kenntnissen und Erfahrungen. Das partnerschaftliche Miteinander von öffentlicher Hand und Privaten bietet die Möglichkeit, die spezifischen Kompetenzen der Projektpartner zu nutzen. Das Zusammenfließen öffentlicher und privater Beiträge soll Synergieeffekte bewirken. Basis und wesentliche Voraussetzung für ein funktionierendes PPP-Projekt ist die faire Verteilung von Risiken und Kosten auf die Partner. Nur wenn der private Investor positive Renditeerwartungen

hat, wird er eine Verbindung mit dem öffentlich-rechtlichen Partner eingehen (Refinanzierbarkeit der eingesetzten Mittel). Erfolgreiche PPP-Projekte zeichnen sich durch möglichst weitgehende Anreize an die beteiligten Privaten, effizient und effektiv zu produzieren, sowie durch eine optimale Risikoverteilung zwischen privaten und öffentlichen Partnern nach dem Prinzip der Beherrschbarkeit der Risiken aus.

III. Allgemeine Bemerkungen zum Grünbuch:

In dem Grünbuch beleuchtet die Kommission zum einen den geltenden (Vergabe-) Rechtsrahmen für die Beauftragung Privater im Rahmen von PPP-Modellen. Darüber hinaus enthält es einen umfassenden Fragenkatalog über die in den Mitgliedsstaaten bestehenden Formen von PPP, bereits bestehende nationale Regelungen sowie über praktische Erfahrungen mit PPP. Mit der letztgenannten Fragenkategorie verfolgt die Kommission das Ziel, eine eindeutige Antwort von Politik, Wirtschaft und Auftraggebern zu bekommen, ob die gemeinschaftlichen Vergaberegeln ausreichen, einen diskriminierungsfreien Zugang aller interessierten Wirtschaftsteilnehmer zu PPP zu gewährleisten (Ziffern 24-41) oder ob gemeinschaftliche Maßnahmen (auslegende Mitteilungen, Rechtsakt) ergriffen werden sollen.

Ein Teil der Ausführungen und Fragen bezieht sich auch auf die Phase nach der Vergabe einer Konzession oder eines öffentlichen Auftrags im Rahmen eines PPP („Ausführungsphase“). Auch hierzu wird gefragt, ob hierfür ein Rechtsrahmen geschaffen werden sollte, um die „Gleichbehandlung“ der Wirtschaftsteilnehmer zu sichern (Ziffer 42 ff). Die Kommission legt zum einen in allgemeiner Form dar, wie eine Leistungsbeschreibung in den Vergabeunterlagen transparent, nicht-diskriminierend und wettbewerbsoffen abzufassen ist und unter welchen Voraussetzungen nachträgliche Vertragsanpassungen zulässig sein könnten. Zum anderen fragt die Kommission, ob zusätzliche Regelungen für die Vergabe von Unteraufträgen nötig sind.

Das **Grünbuch** ist **über weite Strecken nicht ergebnisoffen**. Insbesondere zu Konzessionsvergaben bringt die Kommission – durch den Hinweis auf nicht näher spezifizierte Rechtsverstöße – relativ klar zum Ausdruck, dass sie entweder neue Spezialvergaberegeln oder die Unterwerfung unter das geltende Vergaberecht für angezeigt hält. Dieser grundsätzliche Ansatz eines Konsultationsverfahrens **steht jedoch mit den Grundsätzen** der Strategie einer „**Besseren Gesetzgebung**“ **in Widerspruch** (vgl. dazu die Aussagen der Kommission u.a. in der Mitteilung „Action Plan „Simplifying and improving the regulatory environment“, KOM(2002)278, hinsichtlich der genauen Evaluierung allfälliger Alternativen zu Gesetzgebungsvorhaben).

Nach Ansicht der Republik Österreich wäre ein **Rechtsakt** zur Regelung von PPP (bzw. Konzessionen) **nicht zweckmäßig und wird daher abgelehnt**. Das Grünbuch selbst zeigt, dass der heute schon bestehende Rechtsrahmen einen Großteil aller Fragen, die PPP-Konstruktionen aufwerfen können, abdeckt. Auch dort, wo die sekundärrechtlichen Vorschriften nicht zum Tragen kommen, gewährleisten die primärrechtlichen Grundsätze (insb. Nichtdiskriminierung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit, gegenseitige Anerkennung) in ihrer vom EuGH entwickelten Ausprägung angemessene und mit den Grundsätzen des Binnenmarktes vereinbare Beteiligungsmöglichkeit für Wirtschaftsteilnehmer aus allen Mitgliedstaaten.

Der große Vorteil von PPP liegt in der Flexibilität, die eine Anpassung des Vertrages auf den Einzelfall und im spezifischen Interesse der jeweiligen öffentlichen und privaten Partner ermöglicht. Eine weitgehende **Harmonisierung bzw. „Koordinierung“ hätte zwangsläufig eine Einschränkung dieser Flexibilität zur Folge und würde das Entwickeln zweckmäßiger innovativer Lösungsmodelle erschweren**, was wiederum zu einer Zurückdrängung dieser nützlichen Form der Zusammenarbeit führen würde. Auf Grund der vielfältigen immer neuen Erscheinungsformen und der notwendigen projektspezifischen „Maßschneiderung“ von PPP wäre deren abschließende Regelung wohl auch gar nicht möglich.

In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass die wirtschaftliche und organisatorische Entscheidung, **ob** bestimmte Dienst- oder Bauleistungen selbst erbracht oder an Dritte **ausgelagert** werden sollen, jedenfalls **Sache der Mitgliedsstaaten** (bzw. der einzelnen öffentlichen Auftraggeber) ist und bleiben muss (hinsichtlich Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vgl. dazu das Weißbuch der EK zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Pkt. 4.3.). Dies sollte zweifelsfrei klargestellt werden.

Auslegende Mitteilungen zu einzelnen Problemfeldern, wie etwa zum wettbewerblichen Dialog, werden jedoch als **zweckmäßig** erachtet (siehe dazu näher bei der Beantwortung der einzelnen Fragen). Wesentlich ist jedoch auch hier, dass diesbezügliche Klarstellungen nicht zu einer restriktiveren Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens führen und die erforderliche Flexibilität bei der Vergabe von PPPs gewahrt bleibt.

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die Aussage der Kommission in Fußnote 52 (*„Es sei daran erinnert, dass die Grundsätze der Rechtsvorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen ebenfalls gelten, wenn die Vergabe eines*

Auftrags durch eine einseitige Maßnahme erfolgt (beispielsweise einen öffentlichen Rechtsakt)“) verfehlt ist. Wie Erwägungsgrund 8 der RL 92/50/EWG hervorhebt, unterliegen Auftragsvergaben nur dann dem Vergaberegime der Richtlinien wenn sie auf der Grundlage von „Aufträgen“ erfolgt. „Andere Grundlagen ... , wie etwa Gesetz oder Verordnungen ... werden nicht erfasst.“ Die Aussage im Grünbuch ist daher dahingehend zu korrigieren, dass *wenn die Vergabe eines Auftrags durch eine einseitige Maßnahme erfolgt (beispielsweise einen öffentlichen Rechtsakt) erfolgt, die Grundsätze des primären Gemeinschaftsrechts ebenfalls gelten.* In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass auch Rz 11 des Grünbuches missverständlich formuliert ist.

IV. Zu den einzelnen Fragen:

1. Welche Formen von ÖPP auf Vertragsbasis sind Ihnen bekannt? Gibt es in Ihrem Land spezifische (gesetzliche oder andere) Rahmenbedingungen für derartige Konstruktionen?

Es gibt in Österreich keine spezifischen gesetzlichen Regelungen für PPP auf Vertragsbasis. Sie können auf Grundlage der allgemeinen zivil- und haushaltsrechtlichen Normen unter Beachtung allenfalls anwendbarer vergabe-, beihilfen-, gesellschafts-, steuer-, verfassungs- und arbeitsrechtlicher Regelungen und des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens errichtet werden.

In Österreich kommen PPP-Modelle in zunehmendem Maße vor allem im Bereich Verkehr und Infrastruktur zum Einsatz.

Ungeachtet der Tatsache, dass für jedes PPP ein Bündel von speziell auf das jeweilige Projekt zugeschnittenen Verträgen zu erstellen ist, lassen sich die in Österreich bisher praktizierten PPP-Modelle folgenden Kategorien zuordnen (wobei letztere nach der Einteilung der Kommission kein PPP auf Vertragsbasis, sondern ein Modell einer institutionalisierten PPP ist):

- **Betreibermodell:** Ein Privater übernimmt die Planung, Errichtung und Finanzierung eines Betriebes bzw. einer Anlage und schließt mit der öffentlichen Hand einen (langfristigen) Errichtungs- und Betreibervertrag. Die öffentliche Hand leistet ein entsprechendes Entgelt. („Öffentliche Hand bestellt und zahlt.“)
- **Konzessionsmodell:** Die öffentliche Hand erteilt dem privaten Partner eine Konzession für den Bau einer Anlage oder die Erbringung einer Dienstleistung.

Der private Konzessionär betreibt die Anlage bzw. erbringt die Dienstleistung an Stelle der öffentlichen Hand und hebt dafür von Dritten Entgelt ein.

- **Kooperationsmodell:** Öffentliche Hand und privater Partner beteiligen sich als Gesellschafter an einer eigens gegründeten Projekt-/Kooperationsgesellschaft, die etwa mit der öffentlichen Hand einen Ver-/Entsorgungsauftrag und mit dem privaten Partner einen Betriebsführungsvertrag schließt. Vielfach werden auch getrennte Besitz- und Betriebsgesellschaften eingerichtet.

Genannt werden auch Betriebsführungs-, Belehungs-, Verfügbarkeits-, Contracting- und Finanzierungsmodelle sowie direkte und indirekte Nutzerfinanzierungsmodelle.

Es wird darauf hingewiesen, dass in der Praxis zwei identisch umgesetzte Modelle meist nicht zu finden sind und viele PPP-Projekte Elemente mehrerer Grundmodelle vereinen.

2. Nach Auffassung der Kommission wird die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in einzelstaatliche Rechtsvorschriften den betroffenen Parteien ein Verfahren an die Hand geben, das sich ganz besonders für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Zusammenhang mit der Einrichtung einer ÖPP auf Vertragsbasis eignet und gleichzeitig die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer wahrt. Stimmen Sie dem zu? Falls nein, warum nicht?

In Rz 24 des Grünbuches wird zunächst ausgeführt, dass gemäß der Baukoordinierungsrichtlinie, der Dienstleistungsrichtlinie sowie der neuen „klassischen“ RL 2004/18/EG die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens (u.a.) dann zulässig ist, wenn es sich „um Arbeiten handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen“. Die Interpretation der Kommission, wonach diese Ausnahmeregelung ausschließlich für Sonderfälle gelte, in denen die Art oder der Umfang der Arbeiten von vornherein unwägbar ist, und insbesondere nicht für Fälle gedacht sei, in denen andere Unwägbarkeiten aufträten, etwa Probleme mit der vorherigen Preisfestlegung auf Grund der Tatsache, dass die rechtliche und finanztechnische Konstruktion sehr komplex ist, erscheint in dieser Allgemeinheit problematisch und unzutreffend. (Abgesehen davon ist das Extrembeispiel der Arbeiten in einer geologisch instabilen oder archäologischen Zone schlecht geeignet, ein durchschnittliches Verhandlungsverfahren zu begründen, da in solchen Fällen das Ausmaß der notwendigen Arbeiten oft nicht bloß nach Beginn des Vergabeverfahrens, sondern erst nach Beginn der Arbeiten selbst nach und nach bekannt wird.)

Gerade die Lokalisierung und Zuteilung wirtschaftlicher und rechtlicher Risiken in PPP-Modellen stellt den öffentlichen Auftraggeber, aber auch die Bieter, vor erhebliche Schwierigkeiten, wenn nicht das Verhandlungsverfahren gewählt werden kann. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass komplexe, über längere Zeiträume geschlossene PPP-Verträge die Notwendigkeit mit sich bringen, dass über den Vertragsinhalt mit den ausgewählten Bietern verhandelt werden kann. Ohne Verhandlungen ist es nicht möglich, die zahlreichen Risiken, die ein lange Zeit laufendes PPP-Modell für beide Vertragsteile mit sich bringt, optimal zu verteilen und damit den volks- und betriebswirtschaftlichen Nutzen eines PPP-Modelles nicht zu gefährden. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Entgeltmechanismen in aller Regel sehr komplex sind und insbesondere an die jeweilige Risikozuteilung angepasst werden müssen. Nach Ansicht der Republik Österreich können daher bei einem komplexen PPP-Projekt durchaus die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vorliegen (dies muss freilich für jeden Einzelfall geprüft werden). Dies ist insbesondere in jenen Fällen von Bedeutung, in denen das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs noch nicht ins nationale Recht umgesetzt oder zwar bereits umgesetzt, nicht aber das bestgeeignete Verfahren für die Vergabe eines konkreten Auftrags ist.

Zur Frage der Kommission: Grundsätzlich scheint das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs durchaus geeignet, ein PPP-Projekt auf Vertragsbasis zu vergeben. Die Bestimmung des Art. 29 der RL 2004/18/EG birgt jedoch eine Reihe möglicher Probleme (hingewiesen wird darauf, dass die nachfolgende Auflistung der Probleme keineswegs erschöpfend ist):

Unklarheiten bestehen etwa bereits hinsichtlich der Beurteilung, ob der Anwendungsbereich des Art. 29 eröffnet ist. Fraglich ist nämlich, ob auf „objektive“ oder „subjektive“ Umstände abzustellen ist (ersteres legt die Definition „besonders komplex“ in Art. 1 (11) lit c nahe, letzteres Erwägungsgrund 31 (arg „anzulasten“) und Art. 29 Abs. 1 („falls seines Erachtens“). Ein Abstellen auf „rein objektive“ Umstände („ist der Auftraggeber in der Lage die Konditionen festzulegen“) wäre bei einer strikten Lesart problematisch, denn daraus könnte abgeleitet werden, dass der Auftraggeber jede nur erdenkliche Anstrengung zu unternehmen hat, um die Konditionen festzulegen. Dies würde im Endeffekt bedeuten, dass z.B. der Auftraggeber gezwungen wäre, in völlig unwirtschaftlicher Weise eine Vielzahl von externen Beratern (Sachverständigen) zu beschäftigen, die letztlich alle erdenklichen Varianten ausloten und bewerten müssten, damit der Auftraggeber die für ihn „beste“ Ausschreibungskondition eruieren kann (arg: „objektiv ist die Festlegung der Konditionen möglich“, ob der damit verbundene Aufwand in einer wirtschaftlichen Relation zum geschätzten Auftragswert steht, ist nicht

erheblich). Die Republik Österreich geht jedoch davon aus, dass auch in diesem Fall die Bestimmung so zu verstehen ist, dass eine (objektiv nachprüfbar) wirtschaftliche Unverhältnismäßigkeit für die Festlegung der rechtlichen/finanziellen/technischen Konditionen als „objektiv unmöglich“ im Sinne des Art. 1 Abs. 11 lit. c gilt.

Unklar ist auch wie die gemäß Anhang VII zwingend (!) vorgeschriebenen Informationen für Bekanntmachungen (insbes. Z 6 Hinweis auf Optionen, Lose, Losgrößen bei Bauaufträgen, Einordnung des Lieferauftrages als Kauf, Leasing usw., Optionen bei Lieferungen und Dienstleistungen; Z 7, Z 9 und andere mehr) bereitgestellt werden können, da gemäß der Definition der wettbewerbliche Dialog nur dann zulässig ist, wenn man gerade nicht weiß, ob man Optionen braucht (diese sinnvoll sind), ob ein Kauf besser als ein Leasing ist usw. Hier wäre eine Klarstellung dringend angebracht, welche Informationen zwingend anzugeben sind bzw. ob die Informationen nur „gegebenenfalls“ (wenn der Auftraggeber zumindest das schon weiß) anzugeben sind.

Es wird sich erst in der Praxis zeigen, ob es möglich ist, bereits in der Bekanntmachung – also noch vor der Dialogphase und zu einem Zeitpunkt, zu dem die Art der Umsetzung der Leistung noch nicht feststeht – die Zuschlagskriterien so konkret anzugeben, dass anhand dieser Kriterien die Angebote, welche nach Abschluss der Dialogphase erstattet werden, sachgerecht und hinreichend genau beurteilt werden können. So ist es durchaus vorstellbar, dass im Rahmen der Verhandlungen zu einem PPP-Projekt zum Teil nicht unwichtige Aspekte abgeändert werden und die Dialogphase zeigt, dass bestimmte Aspekte für die Entscheidung des Auftraggebers wesentlich sind, die in den Zuschlagskriterien noch nicht berücksichtigt wurden. Auch ist es in einem flexiblen Verfahren mit einer definitionsgemäß erst am Ende möglichen Beschreibung der Leistung schwierig, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.

Weiters besteht die Gefahr, dass der öffentliche Auftraggeber nach der „Rosinenmethode“ die am Markt verfügbare beste Lösung ermittelt und damit substantielles Know-how eines (oder mehrerer) Marktteilnehmer an sich zieht, um die so ermittelte Ideallösung in der anschließenden Angebotsphase der billigsten Realisierung zuzuführen (ob die in Art. 29 Abs. 3 3.UA getroffene „Lösung“ in der Praxis anwendbar ist, wird erst die Erfahrung zeigen). Diese Frage nach den geistigen Eigentumsrechten der Bieter steht wiederum in einem Spannungsverhältnis zum Ziel des effizienten Mitteleinsatzes der öffentlichen Hand. So scheint fraglich, ob die (teilweise sicherlich notwendige) Abgeltung von Konzepten/Lösungsvorschlägen nicht zum Zug gekommener Bewerber das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs für die Auftraggeber wirtschaftlich erscheinen lässt. Es stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob und in welchem Umfang Auftraggeber schon vorab (z.B. in der

Bekanntmachung) die Zustimmung der Bieter zur Weitergabe von Informationen verlangen können.

Bei manchen begutachtenden Stellen in Österreich hat sich der Eindruck ergeben, dass Art. 29 Abs. 6 nach der Dialogphase auf ein offenes Verfahren hinzielt (arg.: „Einladung zur Legung eines *endgültigen* Angebots“). Die Republik Österreich geht jedoch davon aus, dass nach der Dialogphase jedenfalls Verhandlungen zulässig sind (so auch das Verständnis im Rat bei der Diskussion der Bestimmung). In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass die Richtlinie nicht regelt, in welchem Detaillierungsgrad über verschiedene Lösungen Dialog geführt werden kann bzw. soll (oder gar muss).

Gemäß Art. 29 Abs. 4 der RL kann der Auftraggeber einzelne Lösungen ausscheiden. Nicht völlig klar ist nach dem Richtlinien text, ob mit dem Ausscheiden der Lösung auch ein Ausscheiden des die Lösung anbietenden Bieters verbunden ist bzw. sein muss oder ob der entsprechende Bieter weiter am Dialog und der anschließenden Vergabe des Vorhabens und zwar hinsichtlich anderer Lösungen teilnehmen kann.

Weiters stellt sich die Frage, bis zu welcher Grenze „Nachverhandlungen“ gemäß Art. 29 Abs. 7 2. Unterabsatz zulässig sind (insbesondere worauf sich diese „Erläuterungen und Klarstellungen“ beziehen dürfen und wie andere Bieter davon – zur Wahrung ihrer Rechte – ausreichend Kenntnis erlangen).

3. Sehen Sie in Bezug auf diese Aufträge neben der Wahl des Vergabeverfahrens andere Punkte, die mit dem Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge in Konflikt stehen könnten? Wenn ja, nennen Sie diese und begründen Sie!

Nach Konsultation der betroffenen Akteure scheinen grundsätzlich (zu den Ausnahmen s.o. bzw. unten) keine unüberbrückbaren Hindernisse für die Vergabe und Durchführung von PPP-Projekten zu bestehen.

Probleme könnten allerdings im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien auftreten. So ist eine sinnvolle Festlegung von Zuschlagskriterien ohne Kenntnis der verschiedenen (erst in der Dialogphase präsentierten) Lösungsansätze und der gebotenen Risikoverteilung schwierig bzw. nur äußerst rudimentär möglich (siehe dazu auch schon oben zu Frage 2). Mangels konkreter Abgrenzungskriterien ist weiters die erforderliche Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen einerseits und Bau- und Dienstleistungskonzessionen andererseits problematisch (siehe dazu noch näher unten zu Frage 4).

4. Haben Sie bereits einmal ein Verfahren zur Vergabe einer Konzession in der Europäischen Union organisiert, daran teilgenommen bzw. ein solches organisieren oder daran teilnehmen wollen? Welche Erfahrungen haben Sie gemacht?

Der Kommission ist zuzustimmen, dass es nicht einfach ist, von vornherein festzulegen, ob das ausgeschriebene Vorhaben ein öffentlicher (Bau- oder Dienstleistungs) Auftrag oder eine Konzession ist. Zutreffend zeigt die Kommission dabei das Problem auf, dass sich im Laufe des Verfahrens die Einstufung als öffentlicher Auftrag oder Konzession ändern kann und dies zu erheblicher Rechtsunsicherheit sowohl für den Auftraggeber als auch die Bieter führt. Denn es darf nicht übersehen werden, dass die Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe eines PPP-Projektes auf beiden Seiten erheblichen Zeitaufwand und Kosten verursacht. Insbesondere wenn sich erst zu einem verhältnismäßig späten Verfahrenszeitpunkt zeigt, dass der nunmehr in Rede stehende Auftrag nicht mehr als Konzession zu beurteilen oder die Einordnung zumindest fraglich ist, wären alle vergangenen Aufwendungen frustriert, wenn sich das Verfahren insgesamt als nicht mehr rechtmäßig darstellen würde.

Um diesem Rechtsrisiko auszuweichen, könnte ein öffentlicher Auftraggeber verleitet sein, von vornherein die „sichere“ Variante zu wählen und den Auftrag als „klassischen“ öffentlichen Auftrag ausschreiben. Wie aber oben bereits aufgezeigt, wäre es diesfalls – folgt man der Auffassung der Kommission – öffentlichen Auftraggebern in aller Regel verwehrt, PPP-Vorhaben im Wege des Verhandlungsverfahrens zu vergeben. Damit würden jedoch in vielen Fällen volks- und betriebswirtschaftlich wertvolle Optimierungspotentiale verloren gehen.

Der **Vorschlag der Kommission**, dieses Problem durch **einheitliche Regelungen für alle PPP-Projekte** zu lösen, ist nach Ansicht der Republik Österreich jedoch **kein geeignetes Mittel**. Die Abgrenzungsfragen zwischen Auftrag und Konzession würden diesfalls lediglich durch – noch weniger geklärte und äußerst schwierige – Abgrenzungsfragen zwischen PPP-Projekt und „normalem“ Auftrag bzw. Konzession ersetzt. So scheint es denkbar schwierig, etwa eine „normale“ Dienstleistungskonzession von einem PPP-Projekt in Form einer Dienstleistungskonzession durch klare Merkmale zu unterscheiden (ein bloßes Abstellen auf die Vertragsdauer wäre wohl zu wenig und würde der besonderen Natur von PPP nicht gerecht werden; beim Aspekt der Risikoverteilung sind jedoch Unterschiede nicht ohne weiteres ersichtlich).

Möglicherweise kann dieses Problem bereits durch die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs entschärft werden. Damit wäre zumindest sichergestellt, dass die – zu Beginn des Vergabeverfahrens häufig nicht abschätzbare – Frage der Risikoverteilung nicht notwendigerweise zu einem Wechsel des bei der Auswahl des Vertragspartners anzuwendenden Verfahrens führt.

Sollten nach Auffassung der Kommission nach Durchführung des gegenständlichen Konsultationsverfahrens Unklarheiten etwa zur Frage der Abgrenzung zwischen Konzessionen und Aufträgen bestehen, so wäre die Klärung der Fragen durch eine Auslegende Mitteilung zweckmäßig. Hilfreich könnte eine Klarstellung sein, welche konkreten Risiken bzw. welches Ausmaß an Risikotragung der private Partner übernehmen muss, damit eine Konzession vorliegt, bzw. wie hoch der vom Auftraggeber bezahlte Anteil des Auftragswertes sein kann, ohne dass dies einer Konzession entgegen steht. (Möglich wäre auch – vergleichbar mit der Mitteilung der EUROSTAT zur Behandlung öffentlich-privater Partnerschaften vom 11. Februar 2004, wonach Vermögenswerte, die Gegenstand eines PPP sind, nicht als Vermögenswerte des Staates zu klassifizieren sind, wenn der private Partner das Baurisiko und mindestens entweder das Ausfallrisiko oder das Nachfragerisiko trägt – klarzustellen, wie die am Markt gegenwärtig üblichsten PPP Modelle vergaberechtlich einzustufen sind; auch wenn ein konkretes PPP-Projekt vom „gängigen Modell“ abweicht, könnte dies zumindest einen Anhaltspunkt darstellen.)

5. Halten Sie das derzeitige Gemeinschaftsrecht für präzise genug, um die konkrete und effektive Teilnahme von Gesellschaften oder Gruppierungen aus anderen Staaten an den Konzessionsvergabeverfahren sicherzustellen? Sind Sie der Ansicht, dass in dieser Hinsicht normalerweise ein tatsächlicher Wettbewerb herrscht?

Bereits aus den Grundsätzen des EG-Vertrages ergibt sich eine weitgehende Verpflichtung, Unternehmen aus allen Mitgliedstaaten bei Konzessionsvergaben zuzulassen. Für Baukonzessionen enthält die RL 93/37/EWG bzw. die RL 2004/18/EG darüber hinaus spezifische Vorschriften, die den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft sicherstellen sollen. Nach Auffassung der Republik Österreich ist daher bereits durch das geltende anwendbare Recht ein zwischenstaatlicher bzw. innergemeinschaftlicher Wettbewerb sichergestellt. Dies haben auch die im Zuge der Konsultationen zum vorliegenden Grünbuch befassten Auftraggeber, Unternehmen und Interessensverbände mehrheitlich bestätigt.

6. Halten Sie einen Vorschlag für einen gemeinschaftlichen Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe für wünschenswert?

Bereits aus der Beantwortung der Frage 5 ergibt sich, dass ein **gemeinschaftlicher Rechtsakt zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Vergabe von Konzessionen entbehrlich** ist und von der Republik Österreich **abgelehnt** wird.

Es wird weiters darauf hingewiesen, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bewusst dafür entschieden hat, Konzessionen einem weniger strengen Vergaberegime zu unterwerfen (Baukonzessionen) bzw. vom Anwendungsbereich des sekundärrechtlichen Vergaberegimes überhaupt auszuschließen (Dienstleistungskonzessionen). Diese bewusste Entscheidung hat der europäische Gesetzgeber erst kürzlich bei der Erlassung des Legislativpakets, welches die diesbezügliche Rechtslage im Wesentlichen unverändert lässt, bestätigt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat mit dieser Entscheidung der Tatsache Rechnung getragen, dass der Begriff „Konzession“ eine Vielfalt von unterschiedlichen, sich stets weiterentwickelnden Fällen umfasst (vgl. auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht) und bei der Vergabe von Konzessionen daher eine größere Flexibilität als bei der Vergabe von klassischen öffentlichen Aufträgen erforderlich ist. Weiters muss berücksichtigt werden, dass ein Konzessionär nicht nur eine Leistung im öffentlichen Interesse erbringt, sondern – anders als ein Auftragnehmer, der nur das kalkulatorische Risiko trägt – auch das wirtschaftliche Risiko der Leistungserbringung trägt. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit von Regelungen muss deshalb sowohl dem Auftraggeber (bei der Auswahl des Partners) als auch dem Auftragnehmer (für die Ausführung der Leistung) ein größerer Handlungsspielraum zugestanden werden. Es ist nicht ersichtlich, warum diese (richtige) Entscheidung des europäischen Gesetzgebers aus Anlass der Diskussion von PPP revidiert werden sollte.

Ein gemeinschaftsrechtlicher **Rechtsakt** zur Festlegung eines Verfahrensrahmens für die Konzessionsvergabe ist daher **nicht erforderlich**.

Allenfalls könnte in einer Auslegenden Mitteilung Fragen im Zusammenhang mit Konzessionsvergaben klargestellt werden (vgl. auch schon oben zu Frage 4). Allfällige bestehende Probleme im Zusammenhang mit Konzessionsvergaben sollten aber nicht als Vorwand für die vollständige „Verrechtlichung“ der Konzessionsvergabe bzw. ihre Einbeziehung in das (diesbezüglich völlig ungeeignete) allgemeine Vergaberegime dienen.

7. Allgemeiner gefragt: Wenn Sie ein neues Gesetzgebungsvorhaben der Kommission für erforderlich halten, gibt es dann objektive Gründe dafür, in diesem Rechtsakt sämtliche ÖPP auf Vertragsbasis zu behandeln und sie ein und demselben Regelwerk für die Vergabe zu unterwerfen, ganz gleich ob die Vorhaben als öffentliche Aufträge oder als Konzessionen einzustufen sind?

Hiezu wird zunächst auf die Antwort zu Frage 6 verwiesen. Danach ist ein neues Gesetzgebungsvorhaben der Kommission nicht erforderlich.

Im Hinblick auf den Vorschlag der Kommission, die Vergabe von Aufträgen und Konzessionen im Rahmen von PPP-Projekten einem einheitlichen Regime zu unterwerfen, darf – wie bereits oben ausgeführt – nicht übersehen werden, dass die reine Erbringung einer Leistung im Auftrag sich von einer Erbringung der Leistung im Rahmen einer Konzession deutlich unterscheidet. Trägt ein Auftragnehmer lediglich das kalkulatorische Risiko, so ist ein Konzessionär doch dem wirtschaftlichen Risiko der gesamten Leistungserbringung ausgesetzt. Dieser Unterschied sollte auch (weiterhin) im Hinblick auf Überlegung zur Gestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Rahmens beachtet werden.

Besondere Vorschriften nur für PPP würden im Übrigen eine entsprechende Definition von PPP voraussetzen. Angesichts der bestehenden großen Auffassungsunterschiede über den Begriff PPP und mangels konkreter Abgrenzungskriterien zu „normalen“ Aufträgen oder Konzessionen (siehe dazu auch schon oben zu Frage 4) wären Sonderregelungen für PPP nach Ansicht der Republik Österreich äußerst problematisch und dem Ziel einer für alle Rechtsanwender klaren Rechtslage nicht dienlich. Darüber hinaus ist zu bemerken, dass der bestehende vergaberechtliche Rahmen nicht verlassen werden sollte. Eine Gesetzgebung ausschließlich für PPP, die ein eigenes Vergaberegime neben dem bestehenden errichtet, wäre überschießend und für die Praxis erschwerend.

Allenfalls könnte in einer auslegenden Mitteilung der gemeinschaftsrechtliche Rahmen von PPP-Projekten geklärt werden. Dabei stellen sich neben dem Vergaberecht auch zahlreiche weitere komplexe rechtliche Fragen, wie etwa Aspekte des Wettbewerbs- und des Beihilfenrechts. Eine diesbezügliche Klarstellung darf jedoch nicht zu einer (weiteren) Einschränkung der Handlungsfreiheit der betroffenen Akteure führen.

8. Ist Ihrer Erfahrung nach der Zugang der ausländischen Akteure zu privat initiierten ÖPP gewährleistet? Für den Fall, dass die Vergabestellen zur Initiative aufrufen, wird dieser Aufruf dann angemessen bekannt gemacht, so dass alle

interessierten Akteure Kenntnis davon haben können? Wird für die Ausführung des ausgewählten Projekts ein Auswahlverfahren auf Basis eines effektiven Wettbewerbs organisiert?

9. Wie könnte Ihrer Auffassung nach die Entwicklung privat initiiertes ÖPP in der Europäischen Union unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung und ohne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gewährleistet werden?

Zu „privat initiierten“ PPP wird zunächst grundsätzlich darauf hingewiesen, dass es selbstverständlich immer möglich ist, dass private Unternehmer mit einer Idee für ein bestimmtes gemeinsames Vorhaben an einen öffentlichen Auftraggeber herantreten und somit selbst die Initiative zu einem PPP-Vorhaben ergreifen. Die Entscheidung, ein solches Vorhaben auch tatsächlich durchzuführen, muss freilich bei der öffentlichen Hand verbleiben, da nur sie die Disposition über die Notwendigkeiten der Hereinnahme privaten Kapitals oder privaten Wissens treffen kann.

Auch „privat initiierte“ PPP sind ihrem tatsächlichen Inhalt nach (derzeitig geltenden Recht) entweder als öffentlicher Auftrag oder als Dienstleistungs- bzw. Baukonzession zu qualifizieren. Entsprechend muss die Vergabe des Vorhabens im Wege öffentlicher Bekanntmachung, in einem fairen und angemessenen transparenten Verfahren unter Beachtung der Grundsätze des EG-Vertrages, insbesondere des Grundsatzes der Nicht-Diskriminierung, erfolgen. Dabei ist der Wissensvorsprung des privaten „Initiators“ auszugleichen und allen am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen der gleiche Wissensstand verfügbar zu machen (und nicht etwa umgekehrt ein initiativer Bewerber auf Grund des durch seine Initiative erarbeiteten Wissensvorsprungs vom Vergabeverfahren auszuschneiden; letzteres verlangt auch § 21 Abs. 3 des österreichischen Bundesvergabegesetzes (BVerG) nur, wenn ansonsten ein fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre, vgl. hierzu ausführlich die Erläuterungen zum BVerG AB 1118 XXI.GP, 29).

An dieser Stelle wird auch auf das oben zu Frage 2 betreffend den wettbewerblichen Dialog erwähnte Problem der Aufwandsabgeltung hingewiesen. Eine getrennte Honorierung für ein in privater Initiative erarbeitetes Konzept wäre – losgelöst vom Vergabeverfahren – grundsätzlich denkbar. Dies dürfte jedoch die öffentliche Hand nicht zu unvorhergesehenen und unkontrollierbaren Ausgaben verpflichten. Es sollte dabei weiters nicht vergessen werden, dass ein solcher Vorschlag eines privaten Unternehmens bis zu einem gewissen Grad der – im Wirtschaftsleben zweifellos notwendigen – Geschäftsanbahnung dient und die Kosten seiner Erstellung daher Teil des unternehmerischen Risikos darstellen.

Eine unterschiedliche Behandlung von „öffentlich initiierten“ und „privat initiierten“ PPP ist jedenfalls abzulehnen.

10. Welche Erfahrungen haben Sie in der Phase im Anschluss an die Auswahl des privaten Partners im Rahmen von ÖPP auf Vertragsbasis gemacht?

11. Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen die Ausführungsbedingungen, einschließlich der Klauseln zur Anpassung im Zeitverlauf, eine diskriminierende Wirkung entfalten konnten oder eine ungerechtfertigte Behinderung der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit darstellten? Falls ja, bitte beschreiben Sie die Art der aufgetretenen Probleme!

12. Sind Ihnen Praktiken oder Mechanismen zur Bewertung von Angeboten bekannt, die eine diskriminierende Wirkung haben?

Es sind aus der vergaberechtlichen Rechtsprechung in Österreich Fälle bekannt, in denen sich öffentliche Auftraggeber unzulässiger oder diskriminierender Praktiken bei der Vergabe von Aufträgen bedient haben. Es wird diesbezüglich jedoch auf die funktionierenden Rechtsschutzmechanismen verwiesen, die im Falle gemeinschaftswidriger Praktiken einen raschen und wirksamen Rechtsschutz im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und unter Beachtung des Effizienz- und des Äquivalenzgrundsatzes gewährleisten. Einschlägige Erkenntnisse der Vergabekontrollorgane können unter <http://www.ris.bka.gv.at/verg/> abgerufen werden.

An dieser Stelle darf zu den Ausführungen der Kommission in Rz 46 zur zulässigen Laufzeit von Verträgen folgendes ausgeführt werden:

Die EG-Vergaberichtlinien enthalten in den Bestimmungen über die Berechnung des Auftragswertes Verweise auf Verträge mit unbestimmter Laufzeit bzw. auf Daueraufträge (vgl. Art. 7 Abs. 5 und 6 der RL 92/50/EWG und Art. 5 Abs. 2 der RL 93/36). Daraus lässt sich schließen, dass die Vergabe von **längerfristigen oder auch unbefristeten Aufträgen grundsätzlich zulässig** ist. Den vergaberechtlichen Vorschriften lassen sich auch sonst keine Anhaltspunkte für eine nur beschränkte Zulässigkeit der Vergabe von längerfristigen oder unbefristeten Aufträgen entnehmen. Aus diesem Grund ist die **Aussage in Rz 46 des Grünbuches**, wonach eine „übermäßig lange Laufzeit“ auf Grund der für den Binnenmarkt geltenden Grundsätze oder der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrags verboten sein dürfte, in dieser Allgemeinheit **nicht zutreffend**. Ebenso ist bei der Festlegung der angemessenen Vertragslaufzeit eine ausschließliche Orientierung an der Amortisierung der Investitionen und einer Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu eng, da diesfalls

andere berechnigte Interessen, wie etwa technische Kontinuität oder die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit, nicht berücksichtigt werden können.

Zutreffend ist allerdings, dass das Transparenzgebot verlangt, eine vorherige Festlegung der Laufzeit, sofern dies möglich ist, in den Vergabeunterlagen zu veröffentlichen.

13. Sind Sie wie die Kommission der Auffassung, dass bestimmte Interventionsklauseln in Bezug auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung problematisch sein können? Sind Ihnen andere Typen von Klauseln bekannt, deren Anwendung zu ähnlichen Problemen führen kann?

In den Rz 47ff behandelt die Kommission die Frage der Zulässigkeit von Vertragsanpassungen ohne erneute Bekanntmachung der Vergabe des PPP-Projektes.

Nach Ansicht der Republik Österreich sind Vertragsanpassungen und –änderungen während der Laufzeit von PPP-Projekten nicht anders zu beurteilen als nachträgliche Vertragsanpassungen bei sonstigen (komplexen) Aufträgen und mit den bestehenden Mitteln des Vergaberechts lösbar:

Es ist zunächst **nicht zutreffend**, dass, wie von der Kommission in Rz 49 ausgeführt, „**jede inhaltliche Änderung**“ in Bezug auf den Vertragsgegenstand dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichzusetzen ist, was wiederum einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb impliziert. Vielmehr kann ein neuer Auftrag und damit eine erneute Verpflichtung zur Bekanntmachung nur dann angenommen werden, wenn der bestehende Vertrag in wesentlichen Punkten geändert wird. Nur eine wesentliche Vertragsänderung (eine solche wird etwa bei einer Änderung des Preises, der Laufzeit oder einer Ausweitung der ausgeschriebenen Menge anzunehmen sein) ist als Abschluss eines neuen Vertrags (nach dem österreichischen Zivilrecht: als Novation im Sinne des § 1376 ABGB) und somit grundsätzlich als ausschreibungspflichtiger Vorgang zu werten (vgl. auch EuGH vom 5. Oktober 2000, Rs. C-337/98, Kommission gegen Französische Republik, Rz 44ff, wo der Gerichtshof bei der Beurteilung der Frage, ob die Änderung eines bestehenden Vertragsentwurfs durch nachfolgende Vertragsverhandlungen eine Ausschreibungspflicht auslöst, auf den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Vertragsbestimmungen abstellt). Im Übrigen folgt dies **auch aus den Aussagen der Kommission selbst**, die in ihrer **Stellungnahme** in der **anhängigen Rs. 50/03, Simrad et al**, Rz 8, darauf abstellt, dass ein neuer Vertrag nur dann angenommen werden kann, „**wenn sich der Auftragsgegenstand wesentlich ändert, sodass eigentlich ein ‚Aliud‘, etwas anderes, beschafft werden soll**“.

Unwesentliche, geringfügige Eingriffe durch die Vertragsparteien begründen hingegen keine Ausschreibungspflicht, weil sie bei (fast) jeder langfristigen Vertragsabwicklung zur Anpassung an geänderte (ökonomisch, technische, gesetzliche) Rahmenbedingungen oder praktische Parteienbedürfnisse erforderlich sind (vgl. auch Heid, Eingriff in Altverträge mit komplexem Leistungsbild, RPA 2003, 318; vgl. im Übrigen auch die Kommission im ggstdl. Grünbuch, Rz 47: „*müssen sich die ÖPP-Beziehungen weiterentwickeln, um sich an Veränderungen des makroökonomischen oder technischen Umfelds sowie an das öffentliche Interesse anzupassen*“). Bei der Beurteilung der Wesentlichkeit der Vertragsanpassung ist auf alle Umstände des betroffenen Auftrags bzw. Projektes, wie etwa auf den Projektumfang, den Projektgegenstand, die bereits vergangene Projektlaufzeit sowie die noch verbleibende Restdauer des Projektes, Bedacht zu nehmen.

Auch wesentliche Änderungen eines bestehenden Vertrages können jedoch zulässig sein, wenn sie vom vertraglichen Konzept umfasst sind, das bereits Gegenstand einer rechtsgültigen Ausschreibung war. Dabei müssen die Umstände und Bedingungen, unter denen die Vertragsbeziehungen angepasst werden können, präzise im Vertrag dargelegt sein (zB Preis- oder Gebührenanpassungsklauseln). Diese Vertragsmodifikationen führen dann nicht zu einer neuen Ausschreibungspflicht, wenn sie unmittelbar auf einer entsprechenden Änderungsklausel im Vertrag beruhen und von dieser gedeckt sind, die Vertragsänderung daher ohne übereinstimmende Willenserklärung der Vertragspartner zustande kommt. Dies ist etwa bei der vertraglichen Indexierung der Vergütung der Fall. Findet die Vertragsanpassung keine vollständige Deckung in einer bestehenden Revisionsklausel, ist eine übereinstimmende Willenserklärung der Vertragspartner notwendig und es kommt in der Regel zu einem neuen Vertragsabschluss, welcher entsprechend der vergaberechtlichen Regelungen ausgeschrieben werden muss (vgl. Heid, Eingriff in Altverträge mit komplexem Leistungsbild, RPA 2003, 318, welcher so zwischen „derivativer“ und „originärer“ Vertragsanpassung unterscheidet).

Es ist nicht auszuschließen, dass bestimmte Preisanpassungs- oder Revisionsklauseln in Bezug auf die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung problematisch sein können. So dürfen sie nicht so weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen, dass ein fairer Bieterwettbewerb gefährdet ist. Es kann allerdings nur im **konkreten Einzelfall** beurteilt werden, ob eine bestimmte Vertragsklausel zu weit gefasst und daher geeignet ist, die Grundsätze des EG-Vertrags zu unterlaufen. Grundsätzlich wird davon auszugehen sein, dass eine präzise Formulierung von Preisanpassungs- und Revisionsklauseln bereits im immanenten Interesse der Vertragsparteien liegt.

Allerdings wird selbst ein sorgfältig erstellter Vertrag nicht in allen Fällen sämtliche Eventualitäten und Entwicklungsmöglichkeiten über einen 20-30jährigen Zeitverlauf adäquat abbilden können. Es sind daher – wie von der Kommission ausgeführt – auch solche (wesentlichen, nicht durch die Vertragsunterlagen gedeckte) Änderungen zulässig, die durch ein unvorhergesehenes Ereignis erforderlich werden oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

Zusammenfassend gilt nach Ansicht der Republik Österreich daher Folgendes: Unwesentliche, geringfügige Änderungen eines bestehenden Vertrages sind jedenfalls zulässig und begründen keine erneute Ausschreibungsverpflichtung. Wesentliche Änderungen sind hingegen ohne erneutes Ausschreibungsverfahren nur dann zulässig, wenn sie bereits in der Ausschreibung bzw. im Vertrag unter präzise definierten und im Einklang mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz stehenden Bedingungen vorgesehen sind oder durch ein unvorhergesehenes Ereignis erforderlich werden oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

Diese Überlegungen **gelten auch für Änderungen in der Person des privaten Partners**: Eine Änderung in der Person des privaten Partners stellt eine wesentliche Änderung des Vertrags dar und muss daher – außer uU in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge – grundsätzlich zu einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb führen. Anders ist der Fall dann, wenn bereits in den Ausschreibungsunterlagen bzw. im Vertrag klargestellt war, dass ein bestimmter Dritter unter klar festgelegten (nicht-diskriminierenden) Voraussetzungen in den Vertrag eintreten kann. Diesfalls ist der Wechsel des Vertragspartners – nicht zuletzt auch im Hinblick auf die notwendigen Sicherheiten des Finanzierungspartners in PPP-Projekten – zulässig. Ebenso muss es möglich sein, dass unter bestimmten (im Vertrag genau definierten) Voraussetzungen dem privaten Partner der Auftrag entzogen wird und die Leistungen von der öffentlichen Hand selbst durchgeführt werden.

Zurückzuweisen ist in diesem Zusammenhang die Ansicht der Kommission, dass auch eine **Änderung in der Person des Projektmanagers zum Abschluss eines neuen Vertrages führt** (vgl. Rz 48 des Grünbuches). Der Austausch des Geschäftsführers bzw. Projektmanagers des Konzessionärs oder der Betreiberfirma ist eine Sache der internen Organisation der Vertragspartner und muss ohne neuerliche Ausschreibung des Projekts möglich sein, sofern die ordnungsgemäße Leistungserfüllung gewährleistet ist.

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt solche Revisionsklauseln ausformuliert vorliegen müssen, wird maßgeblich von der (zulässigen) Verfahrensart abhängen, insbesondere davon, ob das Verhandlungsverfahren bzw. künftig auch das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs gewählt werden kann. Problematisch könnte in diesem Zusammenhang nach Angabe einiger öffentlicher Auftraggeber sein, dass Revisionsklauseln nach Ansicht der Kommission schon in der Phase der Partnerauswahl ausformuliert sein müssen. Die konkret dem Vertragsabschluss zugrunde liegenden Preisanpassungs- oder sonstige Revisionsklauseln hängen teilweise maßgeblich vom konkret ausverhandelten Preismodell und sonstigen konkret ausverhandelten Vertragsbedingungen ab, sodass es nicht zielführend erscheint, wenn diese Klauseln ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung unveränderlich sein müssen. Gerade die Möglichkeit der Preisanpassung oder auch Anpassung sonstiger Vertragsbedingungen im Hinblick auf geänderte Umstände stellt einen wesentlichen Faktor der Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien dar. Wenn dieser Aspekt der Risikoverteilung mit den Bietern nicht verhandelt werden darf, kann dies zu einer suboptimalen Risikoallokation und damit volkswirtschaftlich hohen Kosten des Projektes führen.

Insbesondere in einem Verfahren des wettbewerblichen Dialogs können zweifellos nicht dieselben Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen gestellt werden wie z.B. in einem offenen Verfahren, bei dem die Ausschreibungsunterlagen so ausgestaltet sein müssen, dass sie Grundlage des Leistungsvertrages werden können. Insbesondere werden bestimmte Festlegungen, die erst im Laufe des Vergabeverfahrens im Zusammenwirken zwischen öffentlicher Hand und privatem Unternehmer entwickelt werden, nicht im Vorhinein für alle Bieter in gleicher Art vorgegeben werden können. Dazu zählen unter Umständen auch Festlegungen über die begleitende Kontrolle oder Revisions- und Interventionsklauseln.

14. Halten Sie es für erforderlich, dass bestimmte Aspekte der vertraglichen Rahmenbedingungen für ÖPP auf Gemeinschaftsebene geklärt werden? Falls ja, was sollte geklärt werden?

Die Phase nach der Auswahl des privaten Partners ist nicht mehr Gegenstand des Vergaberechts, sondern des (innerstaatlichen) Privatrechts. Auf die diesbezügliche Kompetenzbeschränkung des Art. 295 EGV wird verwiesen (zur Reichweite der Bestimmung vgl. Bär-Bouyssière in von der Groeben/Schwarze, Art. 295 Rz 7ff).

Notwendig ist daher eine klare Trennung zwischen dem Verfahren, das zum Vertragsabschluss führt (dazu gehören etwa auch die Regelungen über notwendige

Angaben in den Ausschreibungsunterlagen über den Inhalt des Vertrags, nicht aber die Festlegung der Vertragsbestandteile selbst), und den Regelungen über den Vertragsinhalt. Während das Verfahren grundsätzlich den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unterliegt, ist eine (allfällige) Regelung des Vertragsinhaltes Sache der Mitgliedstaaten. In Bezug auf den Vertragsinhalt ist lediglich zu garantieren, dass – unbeschadet der derzeit bestehenden Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts – Verträge über neue, bisher nicht vergebene Leistungen nicht ohne Durchführung eines neuerlichen Wettbewerbs geschlossen werden (vgl. dazu bereits die Ausführungen zu Frage 13). Hiefür bietet jedoch das bestehende Gemeinschaftsrecht bereits hinlänglichen Beurteilungsmaßstab und ausreichenden Schutz für potentielle Bieter.

Ein **gemeinschaftsrechtliches Gesetzesvorhaben zur Klärung bestimmter Aspekte der vertraglichen Rahmenbedingung für PPP** wird daher **von der Republik Österreich abgelehnt**.

15. Sind Ihnen bei ÖPP-Konstruktionen besondere Probleme mit der Vergabe von Unteraufträgen bekannt? Welche?

Nach Ansicht der Republik Österreich bestehen keine besonderen Probleme bei der Vergabe von Unteraufträgen im Zusammenhang mit PPP-Projekten.

16. Rechtfertigt die Existenz von ÖPP auf Vertragsbasis, die die Übertragung eines Aufgabenpakets an einen einzigen privaten Partner impliziert, Ihrer Auffassung nach, dass ausführlichere Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen eingeführt werden und/oder dass der Anwendungsbereich erweitert wird?

17. Halten Sie, allgemeiner gesprochen, eine ergänzende Initiative auf Gemeinschaftsebene zur Klärung oder Umgestaltung der Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen für erforderlich?

Nach Ansicht der Republik Österreich ist eine **ergänzende Initiative** zur ausführlicheren Regelung der Vergabe von Unteraufträgen **nicht erforderlich**; ebenso wenig wird eine Umgestaltung der bestehenden Regeln im Hinblick auf PPP für zweckmäßig erachtet.

Es ist nicht klar, was die Kommission mit der Frage nach der Erweiterung des Anwendungsbereiches (wovon? Im Hinblick worauf?) in Frage 16 bezweckt. Sollte damit die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien gemeint sein, darf lediglich darauf hingewiesen werden, dass deren Anwendungsbereich bereits zufrieden stellend und ausreichend deutlich normiert ist.

18. Welche Erfahrungen haben Sie mit der Einrichtung institutionalisierter ÖPP gemacht? Lassen Ihre Erfahrungen Sie zu der Schlussfolgerung gelangen, dass die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentlichen Aufträge und Konzessionen bei institutionalisierten ÖPP-Konstruktionen eingehalten werden? Falls nein, warum nicht?

Zur Einrichtung institutionalisierter PPP ist zunächst zu bemerken, dass – wie die Kommission zutreffend festhält – die Gründung einer Gesellschaft durch öffentliche und private Partner sowie Privatisierungsvorgänge (verstanden als Veräußerung von Unternehmensanteilen vom öffentlichen an den privaten Sektor) grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegen, sondern allein die Bestimmungen des EG-Vertrags (insbesondere das Beihilfenrecht) zu beachten sind. Dies gilt nach Ansicht der Republik Österreich auch, wenn das zu privatisierende Unternehmen bereits vor der Anteilsübertragung mit der Erfüllung bestimmter Aufgaben durch die öffentliche Hand betraut worden ist. Die **Anwendbarkeit** des vergaberechtlichen Sekundärrechts wäre lediglich dann **zu bejahen, wenn** die Betrauung eines Unternehmens mit bestimmten Aufgaben (im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen ohne Durchführung einer Ausschreibung, etwa durch zulässige In-house-Beauftragung) in Verbindung mit einer nachfolgenden Beteiligung eines privaten Partners in der **Absicht** getätigt wurde, das Vergaberecht **zu umgehen**. Ein Indiz dafür wäre, wenn dem in Rede stehenden Wirtschaftsgebilde unmittelbar vor der Kapitalübertragung ohne Wettbewerb besondere Aufgaben übertragen werden (vgl. auch Rz 69). Hinzuweisen ist auch hier, dass eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist. Erfolgt nämlich der Anteilsverkauf (objektiv nachprüfbar) deswegen, weil das Unternehmen unvorhersehbar in Liquiditätsprobleme geraten ist und allein ein Anteilsverkauf diese beseitigen würde, so stellt der Anteilsverkauf wohl keine Umgehung dar, selbst wenn ein enger zeitlicher Konnex mit einer Aufgabenübertragung prima facie besteht.

In Rz 63 hält die Kommission zutreffend fest, dass Wirtschaftsgebilde, auf die die vom Gerichtshof in der Rs. Teckal aufgestellten Bedingungen zutreffen, ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens Aufträge bzw. Konzessionen erhalten können (sogenannte „In-House-Vergabe“). Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt nur dann ein Vertrag im Sinne der Vergaberichtlinien vor, wenn sich der Vertragspartner formal vom Auftraggeber unterscheidet und ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt. Es liegt daher kein vergaberechtlich relevanter Vorgang vor, wenn der Auftraggeber über die fragliche Person (= den Vertragspartner) eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile

innehaben (vgl. Rs C-107/98, Teckal, Rz 50f). Bei der Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist stets eine Einzelfallbetrachtung unter Abwägung aller (rechtlichen und faktischen) Umstände erforderlich. Die Frage hängt nicht zuletzt von der Ausgestaltung des nationalen Rechts in Bezug auf die gewählte Gesellschaftsform, aber auch von der individuellen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses ab.

Das Kriterium „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ verlangt nach Ansicht der Republik Österreich keine idente, sondern eine mit der verwaltungsinternen Kontrolle vergleichbare Beherrschung (vgl. dazu die unterschiedlichen Sprachfassungen der diesbezüglichen Passage des Urteils C-107/98 und die Ausführungen der Republik Österreich im Verfahren C-26/03). Bei der Beurteilung dieser Voraussetzung ist eine Gesamtbetrachtung aller einschlägigen gesetzlichen Regelungen und Umstände (z.B. vertragliche Nebenabreden, Satzungen) vorzunehmen. Falls sich daraus ergibt, dass der Vertragspartner einer Kontrolle untersteht, die es dem Auftraggeber ermöglicht, alle Entscheidungen des Vertragspartners in jedem Fall zu beeinflussen, dann ist dieser qualifizierte Kontrolltatbestand nach Ansicht der Republik Österreich erfüllt. „Kontrolle“ im Sinne des zitierten Erkenntnisses „Teckal“ bedeutet nach Ansicht der Republik Österreich eine „umfassende Kontrollmöglichkeit“, denn auch in der öffentlichen Verwaltung, auf die die Formulierung des Erkenntnisses „Teckal“ abzielt (argumentum: „Dienststelle“), ist es regelmäßig so, dass die „Unterbehörde“ selbständig Entscheidungen treffen kann, die „Oberbehörde“ aber das Recht hat, diese Entscheidungen jederzeit abzuändern bzw. das Recht und die Möglichkeit hat, die Entscheidung in einer bestimmten Angelegenheit „an sich zu ziehen“. Insofern muss daher eine umfassende und unbeschränkte Einflussmöglichkeit auf strategische Zielstellungen wie auch alle Einzelentscheidungen bei der Leitung einer Gesellschaft gewährleistet sein. Dies kann etwa auch durch ein umfassendes Weisungsrecht bezüglich aller Entscheidungen des Rechtsträgers verwirklicht sein (vgl. etwa § 20 Abs. 1 des österreichischen GmbHG: *„Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrage, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.“*).

Für eine solche umfassende Kontrollmöglichkeit ist es jedoch **nicht** zwingend **erforderlich**, dass der Auftraggeber 100%iger Eigentümer der betreffenden Einrichtung ist. Es steht daher einer „In-house-Konstruktion“ auch **nicht** entgegen, wenn ein privates Unternehmen an der betroffenen (beherrschten) Person beteiligt ist. Ausschlaggebend ist vielmehr die oben erläuterte qualifizierte Kontrollmöglichkeit (bei Beurteilung dieser Frage werden freilich die Beteiligungsverhältnisse - in Verbindung mit den jeweiligen

Mehrheitserfordernissen - eine zentrale Rolle spielen) sowie die Frage, ob die so beherrschte Gesellschaft „im wesentlichen“ für den Auftraggeber tätig ist. Zu letzterem erlaubt sich die Republik Österreich lediglich darauf hinzuweisen, dass ihrer Ansicht nach ein systemimmanenter Rückgriff auf die 80%-Klausel des Art. 13 Abs. 1 der Sektorenrichtlinie nahe liegt.

Es darf in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, dass ein Sachverhalt, auf den die vom EuGH in der Rs. Teckal aufgestellten Voraussetzungen zutreffen, auch **nicht** den primärrechtlichen Vorgaben des Diskriminierungsverbotes oder der Transparenzverpflichtung unterliegt (es liegt keine dem Gemeinschaftsrecht unterliegende wirtschaftliche Tätigkeit vor, vgl. etwa EuGI in der Rs T-77/92, *Parker*, Slg 1994, II-549, Rz 57 mit Hinweis auf die Urteile des Gerichtshofes vom 14.7.1972 in der Rs 48/69, *ICI/Kommission*, Slg. 1972, 619, Rz 136 bis 141, und vom 6.3.1974 in den Rs 6/73 und 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents/Kommission*, Slg. 1974, 223, Rz 41, sowie Rs C-73/95 P, *Viho/Kommission*, Slg 1996, I-5457, Rz 15ff).

19. Halten Sie eine Initiative auf Gemeinschaftsebene für erforderlich, um die Verpflichtungen zu klären oder zu vertiefen, die die öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf den Wettbewerb zwischen potentiell an einem institutionalisierten ÖPP-Projekt interessierten Wirtschaftsteilnehmern haben? Falls ja, welche Aspekte halten Sie für besonders wichtig und welche Form sollte eine solche Initiative haben? Falls nein, warum nicht?

Nach Ansicht der Republik Österreich ist keine Initiative auf Gemeinschaftsebene erforderlich, um die Verpflichtungen der Auftraggeber im Hinblick auf institutionalisierte PPP zu klären. Wenn es sich um eine vergaberechtlich relevante Auftragsvergabe handelt, wird das einzuhaltende Verfahren ohnehin in den bestehenden Richtlinien ausreichend geklärt. Eine bloße Unternehmensgründung bzw. –veräußerung hingegen wird in der Regel nach den Bestimmungen des Beihilfenrechts zu beurteilen sein. Die Verpflichtungen des Auftraggebers in Bezug auf den Wettbewerb können daher nur im jeweiligen Einzelfall festgestellt werden.

Allenfalls könnte in einer **Auslegenden Mitteilung** präzisiert werden, wann bzw. unter welchen Umständen und bei welchem zeitlichen Konnex nach Ansicht der Kommission bei einer (in-house) Beauftragung eines Wirtschaftskörpers mit nachfolgender (Teil-)Privatisierung Indizien für eine Umgehung des Vergaberechts vorliegen und damit die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien nach Auffassung der Kommission gegeben ist.

20. Welche Maßnahmen oder Verfahren behindern in der Europäischen Union die Einrichtung von ÖPP?

Rechtssicherheit und Klarheit in Verbindung mit der notwendigen Flexibilität sind wesentlich für die Verbreitung von PPP. Neben dem Vergaberecht stellen sich weitere komplexe Fragen, insbesondere im Beihilfenrecht. Problematisch könnte eine allfällige Überreglementierung und eine Überspannung des Transparenzgebotes sein. Durch – wie von der Kommission angedacht – weitere, zusätzliche Regelungen besteht die Gefahr, dass die Gestaltungsfreiheit sowohl des Auftraggebers als auch des privaten Partners zu sehr beeinträchtigt wird und daher die Realisierung von Projekten und die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen von PPP unattraktiv werden.

21. Kennen Sie andere ÖPP-Formen aus Drittländern? Kennen Sie aus Ihren Erfahrungen in solchen Ländern bewährte Verfahrensweisen, die auch für die EU beispielgebend sein könnten? Falls ja, welche?

22. Denken Sie dass es nützlich wäre, im Hinblick auf den großen Investitionsbedarf einzelner Mitgliedstaaten zum Erreichen einer sozialen und dauerhaften Entwicklung gemeinsam und in regelmäßigen Abständen über diese Fragen unter den betroffenen Akteuren nachzudenken und bewährte Verhaltensweisen auszutauschen? Sollte die Kommission noch Ihrer Auffassung ein derartiges Netzwerk aufbauen?

Ein **Informationsaustausch** im Rahmen eines informellen Netzwerkes ist **sehr zu begrüßen**. Es könnten **insbesondere „best practices“, Musterausschreibungen oder Musterverträge ausgetauscht** werden.

24. August 2004
Für den Bundeskanzler:
Michael FRUHMANN

Elektronisch gefertigt