



Mai 2012
AK Positionspapier

Vorschlag für eine Richtlinie zur Konzessionsvergabe

Wir über uns

Die Bundesarbeitskammer ist die gesetzliche Interessenvertretung von rund 3,2 Millionen ArbeitnehmerInnen und KonsumentInnen in Österreich. Sie vertritt ihre Mitglieder in allen sozial-, bildungs-, wirtschafts- und verbraucherpolitischen Angelegenheiten auf nationaler als auch auf der Brüsseler EU-Ebene. Darüber hinaus ist die Bundesarbeitskammer Teil der österreichischen Sozialpartnerschaft.

Das AK EUROPA Büro in Brüssel wurde 1991 errichtet, um die Interessen aller Mitglieder der Bundesarbeitskammer gegenüber den Europäischen Institutionen vor Ort einzubringen.

Zur Organisation und Aufgabe der Bundesarbeitskammer in Österreich

Die Bundesarbeitskammer Österreichs bildet die Dachorganisation von neun Arbeiterkammern auf Bundesländerebene, die gemeinsam den gesetzlichen Auftrag haben, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten.

Herbert Tumpel
Präsident

Im Rahmen ihrer Aufgaben beraten die Arbeiterkammern ihre Mitglieder unter anderem in Fragen des Arbeitsrechts, des Konsumentenschutzes, in Sozial- und Bildungsangelegenheiten. Mehr als drei Viertel der rund 2 Millionen Beratungen jährlich betreffen arbeits-, sozial- und insolvenzrechtliche Fragestellungen. Darüber hinaus nimmt die Bundesarbeitskammer im Rahmen von legislativen Begutachtungsverfahren die Aufgabe wahr, die Positionen der ArbeitnehmerInnen und der KonsumentInnen gegenüber dem Gesetzgeber in Österreich als auch auf EU-Ebene einzubringen.

Alle österreichischen ArbeitnehmerInnen sind per Gesetz Mitglied der Arbeiterkammern. Die Mitgliedsbeiträge sind gesetzlich geregelt und betragen 0,5 Prozent des Bruttoeinkommens (maximal bis zur Höchstbemessungsgrundlage in der Sozialversicherung). 560.000 (ua Arbeitslose, Eltern in Karenz, Präsenz- und Zivildienstler) der rund 3 Millionen Mitglieder sind von der Zahlung des Mitgliedsbeitrages befreit, haben aber Anspruch auf das volle AK-Leistungsangebot!

Werner Muhm
Direktor

Executive Summary

Die AK spricht sich gegen vorgeschlagenen Rechtsakt zu Konzessionen aus und ist der Ansicht, dass mit der jetzigen Rechtslage ein gutes Auslangen gefunden werden kann. Durch die Ausnahme vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien sowie Judikatur des EuGH existiert eine Definition über Dienstleistungskonzessionen sowie die Klarstellung, dass auch im Bereich der Konzessionen die Grundprinzipien des Primärrechts zur Anwendung gelangen. Der vorliegende Vorschlag geht über die bisherige EuGH Rechtsprechung weit hinaus und ist nicht jener von der Kommission ursprünglich angekündigte „light approach“. Eine Angleichung der Regelung der Dienstleistungskonzessionen an jene der Baukonzessionen ist nicht erwünscht.

Dienstleistungskonzessionen stehen regelmäßig in Zusammenhang mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und sind daher besonders sensibel. Deren besondere Bedeutung für den sozialen und territorialen Zusammenhalt in der Union wird auch durch das Europäische Primärrecht (Art 14 AEUV, Protokoll Nr 26) hervorgehoben. Ohne auf diese primärrechtliche Vorgabe einzugehen begründet die Kommission die Notwen-

digkeit eines Rechtsaktes ausschließlich mit Gründen der Marktöffnung, der eigentliche Zweck der öffentlichen Dienstleistungen – nämlich den BürgerInnen einen allgemeinen, diskriminierungsfreien, flächendeckenden und erschwinglichen Zugang zu Leistungen der Daseinsvorsorge zu gewähren – findet im Vorschlag keine Berücksichtigung.

Die Position der AK im Einzelnen

I. Grundsätzliche Ausführungen:

1. Breite Ablehnung des Rechtsaktes

Die grundsätzliche Ablehnung betreffend einen Rechtsakt zu Konzessionen hat die AK bereits in einer Stellungnahme vom 29.9.2010 im Rahmen des **Konsultationsverfahrens** an die Kommission herangetragen. Auch der österreichische Bundesrat hat in der Sitzung des EU-Ausschusses vom 1. Februar 2012 eine **Subsidiaritätsrüge** betreffend den Kommissionsvorschlag beschlossen und darin ausgeführt, dass die „Kommission [...] nicht nachvollziehbar darlegen [kann], warum eine Regelung erforderlich ist“ sowie „die einseitig marktwirtschaftliche Ausrichtung des Rechtsaktes oder auch das Vorsehen einer derart detailreichen Regelung“ kritisiert. Auch das **Europäische Parlament** hat in seiner EntschlieÙung vom 18. Mai 2010 zu neuen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (Rühle-Bericht) unter den gegebenen Voraussetzungen einen Rechtsakt zu Dienstleistungskonzessionen abgelehnt.

2. Ziel: Marktöffnung und Liberalisierung

Der Kommissionsvorschlag ist von einer klaren Liberalisierungsagenda getrieben. Ausgewiesenes Ziel des Vorschlags ist es den verorteten **„schwerwiegenden Verzerrungen des Binnenmarkts“** und der **„Abschottung der Märkte“** mit einem „tatsächlichen, diskriminierungsfreien

Marktzugang aller Wirtschaftsteilnehmer in der Union“ zu begegnen. Dass die Übertragung von Aufgaben, die häufig Daseinsvorsorgedienstleistungen umfassen, grundsätzlich problematisch ist, weil sie eben gerade nicht den allgemeinen betriebswirtschaftlichen Regeln untergeordnet werden sollen, findet im Vorschlag mit keiner Silbe Erwähnung. Genauso fehlt die Erkenntnis, dass es sich in vielen Fällen um Dienstleistungen handelt, die für alle zu leistbaren Preisen zur Verfügung stehen sollen, die ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen mangels Kostendeckung nicht anbieten würde. Zudem handelt es sich um Sektoren, die durch Netzproblematik gekennzeichnet sind, wo ein Wettbewerb der Netze volkswirtschaftlich nicht sinnvoll wäre und einer Vergeudung von Ressourcen gleichkäme. Privatisierung oder Einführung von wettbewerbsähnlichen Strukturen bringen in diesem Bereich hohen Regulierungsaufwand mit sich.

Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ist auch nach dem Richtlinienvorschlag nach wie vor erlaubt, jedoch soll durch den Vorschlag „geklärt [werden], in welchen Fällen zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossene Konzessionsverträge von den Vorschriften für Konzessionsvergabe ausgenommen werden“. Inhärentes Ziel ist jedoch ein erhöhter Einsatz von **öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP)**. Diese Zielsetzung wird seitens der AK äußerst kritisch gese-

hen. So zieht etwa eine aktuelle EPSU Forschungsarbeit – basierend auf einer Vielzahl von Studien zu ÖPPs in unterschiedlichen Ländern – die klare Schlussfolgerung, dass ÖPPs **nicht zu einer Entlastung öffentlicher Ausgaben führen, sondern diese abschöpfen**. Dieses Dossier fasst einige Kritikpunkte an PPPs gut zusammen: Etwa dass (1) in ÖPPs regelmäßig das Nachfragerisiko nicht übertragen wird und somit bei der öffentlichen Hand bleibt; dass (2) Kosten-Nutzen-Analysen, welche ÖPPs zu Grunde liegen, üblicher Weise externe Auswirkungen etwa auf die Beschäftigten nicht mit einbeziehen; dass (3) ÖPPs bei der Fertigstellung von Gebäuden wesentlich teurer sind als herkömmliche Verträge; dass (4) auch die für ÖPPs geltenden Bestimmungen nicht für vollständige Transparenz sorgen; dass (5) ÖPP-Vergabeverfahren mehr Zeit in Anspruch nehmen und teurer sind als normale Vergabeverfahren; (6) dass – auch gemäß der Analyse des IWF – der private Sektor Dienstleistungen nicht unbedingt effizienter erbringt als die öffentliche Hand oder (7) dass die öffentliche Hand fast immer die Möglichkeit hat zu besseren Konditionen zu finanzieren. Vgl. im Detail **EGÖD-Dossier über öffentlich-private Partnerschaften**, online abrufbar unter: http://www.epsu.org/IMG/pdf/factsheet-PPPs_DE.pdf

Ebenfalls ist der immer wiederkehrenden Argumentation zu widersprechen, wonach durch erhöhten Wettbewerbsdruck die Preise sinken. Diesbezüglich sei auch auf jene im Jahr 2009 in der Serie „Zur Zukunft öffentlicher Dienstleistungen“ der AK Wien

erschienene **Studie der FORBA „Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und deren Auswirkungen auf die Qualität, Beschäftigung und Produktivität“** verwiesen: Am Beispiel von vier unterschiedlichen Sektoren (Postdienstleistungen, öffentlicher Personennahverkehr, Elektrizität und Krankenhäuser) wurden die Auswirkung der europaweiten Liberalisierungs- und Privatisierungstendenzen untersucht. Dazu stellt die Studie zusammenfassend fest, dass „[e]ntgegen der erzeugten Erwartungen [...] die Folgen dieser Entwicklungen für die KonsumentInnen auf Dauer weder im Hinblick auf die Preise noch auf die Qualität der Dienstleistungen befriedigend [sind]. Besonders dramatisch sind allerdings die Auswirkungen dieser Strategie auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in diesen Branchen, die Privatisierung und Liberalisierung mit dem Verlust vieler Arbeitsplätze, mit wachsendem Druck und steigender Verunsicherung, mit schlechteren Arbeitsbeziehungen und niedrigeren Einkommen bezahlen müssen“. Vgl. im Detail: <http://wien.arbeiterkammer.at/online/page.php?P=68&IP=47920&AD=0&REFP=886>

Äußerst fraglich scheint auch, ob mittels dieses Rechtsakts das von der Kommission ausgewiesene Ziel, einer **höheren Beteiligung von KMUs** erreicht werden kann. In der Vergangenheit war die Folge von Liberalisierungsmaßnahmen das Auftreten von Oligopolen, in welchen eine kleine Anzahl von großen Konzernen den Markt beherrscht.

3. Liberalisierung des Wassersektors

Insbesondere die mit dem unterbreiteten Richtlinienvorschlag weiterverfolgten Pläne der EU-Kommission, den Wasserbereich zu liberalisieren, werden von der AK auf das vehementeste abgelehnt. Öffentliche Unternehmen in der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung stellen nicht einfach „Wirtschaftsteilnehmer“ dar, wie sie von der Kommission in Artikel 2 (10) des Richtlinienvorschlages beschrieben werden, sondern erbringen gemäß nationaler Definition Dienstleistungen von allgemein wirtschaftlichem Interesse.

Der bestehende allgemeine Auftrag, eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ hochwertigem Wasser zu sozial verträglichen Preisen zu gewährleisten und negative Umweltauswirkungen durch Abwasser zu minimieren, wird in Österreich von Ländern, Kommunen, Wasserverbänden und Genossenschaften subsidiär wahrgenommen.

Die gegebene Struktur regional begrenzter, demokratisch organisierter und eigenverantwortlich handelnder Einheiten trug dem Prinzip der Daseinsvorsorge bisher stets optimal Rechnung. Gleichzeitig sind dadurch grenzüberschreitende Wettbewerbsverzerrungen faktisch ausgeschlossen. Der freie Wettbewerb ist durch die öffentliche Ausschreibung von Vorleistungen wie der Errichtung von Wasserver- und Abwasserentsorgungsanlagen sowie von Leitungsnetzen

ohnehin gegeben. Fragen der Trinkwasserversorgung und Abwasserbeseitigung sind mit guter Berechtigung stets von großem öffentlichem Interesse und verdienen besondere Sorgfalt und Sensibilität. Eine aktuelle repräsentative Umfrage (n=809) des Meinungsforschungsinstituts SORA zu den Angeboten der Daseinsvorsorge im Bewusstsein der österreichischen Bevölkerung im Jahr 2011 zeigte, dass 90 % aller Befragten für eine direkte Kontrolle der Wasserversorgung durch die öffentliche Hand (Bund, Länder, Gemeinden) sind. Rund 70 % bewerten die aktuellen Wasserpreise als gerechtfertigt und bei 95 % der Befragten herrscht eine sehr hohe Zufriedenheit hinsichtlich der Versorgungssicherheit. Die Europäische Kommission ist gut beraten, die Bedürfnisse der KonsumentInnen ernst zu nehmen.

4. Zusätzlicher Verwaltungsaufwand für die öffentliche Hand?

Nach Einschätzung der AK wird sich aus dem Richtlinienvorschlag ein erheblicher Mehraufwand der öffentlichen Hand sowie – insbesondere bei kleineren Städten und Gemeinden – auf Grund der umfangreichen und komplizierten Regelung erhebliche Rechtsunsicherheit ergeben. Hier dürften etwa durch die zusätzlichen Veröffentlichungspflichten, durch Klagen unterlegener Bieter (Aufnahme in die Rechtsmittelrichtlinie) oder schlicht durch zusätzliche (Rechts-)Beratungskosten (z.B. Abgrenzung Konzession-Auftrag, Berechnung des geschätzten Werts der Konzession) erhebliche

zusätzliche Verwaltungskosten auf die öffentliche Hand zukommen. Bedauerlicher Weise beziehen sich die Ausführungen der Kommission lediglich auf die vermeintlichen Gewinne von Unternehmen, die Auswirkungen auf die nationale Verwaltung und somit Budgets werden ausgeblendet.

5. Fehlendes Social Impact Assessment

Erneut ist die Kommission in ihrem Vorschlag ihrer Verpflichtung gemäß Art 9 AEUV, eine soziale Folgenabschätzung vorzunehmen, nicht nachgekommen ist. Gerade im Bereich der Konzessionsvergabe wäre eine solche Folgenabschätzung insbesondere hinsichtlich der Auswirkungen auf Beschäftigung und sozialen Schutz von wesentlicher Bedeutung.

II. Zu einzelnen Bestimmungen:

1. Begriff „Wirtschaftsteilnehmer“ (Art 2 Abs 10)

In der Legaldefinition werden unter den Begriff der „Wirtschaftsteilnehmer“ auch die Erbringer von Dienstleistungen von allgemeinen Interessen subsumiert. Die AK spricht sich gegen die Gleichsetzung der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge mit tatsächlich wirtschaftlichen Dienstleistungen aus. Dieser Unterschied sollte auch in der Definition – mit Verweis auf die in Art 14 und 106 (2) AEUV sowie im Protokoll Nr 26 dargelegte be-

sondere Rollen der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse – klar festgehalten werden.

2. Öffentlicher Auftraggeber – Vergabestelle (Art 3, 4)

Die Definition der „öffentlichen Auftraggeber“ (Art 3) bzw. „Vergabestellen“ (Art 4) sowie deren Abgrenzung ist legislativ äußerst kompliziert gelöst und für die RechtsanwenderInnen relativ intransparent. Im Wesentlichen ist wohl eine Unterscheidung zwischen Konzessionen über Dienstleistungen des Anhang III (im Wesentlichen die netzgebundenen DAWI), welche entsprechend der Definition von „Vergabestellen“ vergeben werden, sowie allen anderen Konzessionen, welche entsprechend der Definition von „öffentlichen Auftraggebern“ vergeben werden, intendiert. Sprachlich sind die Wortschaffungen auf jeden Fall verwirrend.

3. Ausschlüsse (Art 8)

Die AK fordert in die Liste der Konzessionen, auf welche die Richtlinie keine Anwendung findet, eine breite Ausschlussbestimmung für Konzessionen über DAWI aufzunehmen. Zumindest sollten aber Ausschlussbestimmungen für besondere sensible Bereiche wie die Wasserversorgung, Abwasser und Abfallentsorgung, Gesundheitsdienstleistungen und sozialen Dienste ergänzt werden.

4. Inhouse Erbringung (Art 15)

Aus Sicht der AK ist es von grundlegender Bedeutung, dass die öffentliche Hand auch in Zukunft die Möglichkeit hat Leistungen in Eigenregie sowie im Rahmen von interkommunaler Zusammenarbeit zu erbringen.

Mit der in Art 15 vorgeschlagenen Inhouse-Regelung lehnt sich der Kommissionsvorschlag an die bisherige EuGH-Rechtsprechung an. Jedoch wurde anstatt des in der EuGH-Rechtsprechung verwendeten Wesentlichkeitskriterium („Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber“) eine fixe Grenze von 90 % eingeführt. Dies schafft zwar ein höheres Ausmaß an Rechtssicherheit, kann im Einzelfall auch eine Einschränkung der EuGH-Linie darstellen. Ein Verbindung dieser beiden Vorschläge wäre sinnvoll: Man könnte beim Wesentlichkeitskriterium des EuGH bleiben, und bei Erfüllen der 90 % Grenze das Vorliegen des Wesentlichkeitskriterium automatisch bejahen.

Es wird begrüßt, dass das Inhouse-Privileg ausdrücklich auch auf Fälle der umgekehrten Inhouse-Vergabe bzw Vergabe an Schwesterunternehmen anwendbar gemacht wird (Art 15 Abs 2). Legistisch scheint die Bestimmung jedoch nicht ideal gelöst, da zum einen auf Abs 1 verwiesen wird, zum anderen „nur“ das dritte Kriterium von Art 1 („keine private Beteiligung“) wiederholt wird. Heißt das, dass bei Vergabe an ein Schwesterunternehmen das Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium im Verhältnis Auftraggeber

–Schwesterunternehmen nicht vorliegen müssen? Müssen im Verhältnis Auftraggeber-kontrolliertes Unternehmen weiterhin die drei Kriterien des Art 15 Abs 1 vorliegen?

Gemäß Art 15 Abs 3 können auch mehrere öffentliche Auftraggeber das Kontrollkriterium gemeinsam erfüllen. Die hierfür in Art 15 Abs 3 Satz 2 lit d vorgesehen sind jedoch viel zu kasuistisch und kaum zu erfüllen. Auch steht lit d des letzten Absatzes („keine anderen Einnahmen als die sich aus der Erstattung der tatsächlich entstandenen Kosten [...] ergeben“) in einem gewissen Widerspruch zum 90%-Kriterium und sollte daher gestrichen werden. Im Wesentlichen könnten mit den in lit a und b des letzten Absatzes formulierten Kriterien das Auslangen gefunden werden (Vertretung in den Beschlussfassungsgremien, maßgeblicher Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentliche Entscheidungen).

In Bezug auf das in Art 15 Abs 4 lit d angeführte 10%-Kriterium gilt das zuvor bezüglich der 90%-Grenze Ausgeführte.

5. Soziale und andere besondere Dienstleistungen (Art 17)

Die AK spricht sich dafür aus, soziale Dienstleistungen in die Ausschlussliste des Art 8 aufzunehmen, selbiges gilt für die im Anhang X genannten „sonstigen Dienstleistungen“, insbesondere die dort angeführten „Dienstleistungen von Arbeitnehmervereinigungen“.

Der in der Richtlinie gewählte Ansatz von Negativlisten mit CPV-Referenznummern (Anhang X) ist für die RechtsanwenderInnen äußerst unübersichtlich und neigt zudem dazu, dass leicht auf einzelne Dienstleistungen „vergessen“ werden kann. Nach erster Durchsicht der CPV-Referenznummern scheinen z.B. Rettungsdienste und Feuerwehren, welche unbedingt ebenfalls unter Art 17 fallen müssten, bislang nicht auf. Hier wäre es sinnvoller auf bereits vorhandene Definitionen von sozialen Dienstleistungen (z.B. jene des Freiwilligen Qualitätsrahmen des Sozialschutzausschusses) zurückzugreifen.

6. Geschützte Werkstätten und Programme für geschützte Beschäftigungsverhältnisse (Art 20)

Die AK begrüßt, dass die Bestimmung über geschützte Werkstätten im Vergleich zu der geltenden vergaberechtlichen Bestimmung verbessert wurde: Es erscheint sinnvoll, dass nicht mehr auf die Schwere der Behinderung abgestellt wird, lediglich 30% der „Personen aus benachteiligten Gruppen“ sein müssen, sowie es sich nicht mehr zwingend um eine geschützte Werkstätte oder integrativen Betrieb handeln muss. Auch die Erweiterung des Personenkreises allgemein auf Personen „aus benachteiligten Gruppen“ wird befürwortet. Die AK geht davon aus, dass dieser Begriff in einem weiten Sinne zu verstehen ist und insbesondere auch

jugendliche Arbeitskräfte und Lehrlinge, Langzeitarbeits- und Langzeitbeschäftigungslose sowie Menschen mit Migrationshintergrund umfasst. Die AK regt an dies – zumindest in einem Erwägungsgrund – ausdrücklich festzuhalten.

Vorbemerkung zu Titel II und III:

Die AK spricht sich für einen **Paradigmenwechsel** bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen aus: Ein innovativer und sinnvoller Ansatz wäre die Möglichkeit den Zuschlag auf Grund der günstigsten Kosten, die sich ausschließlich auf der Grundlage des Preises ermitteln, völlig auszuschließen und nur Zuschlagsmodell nur das **„wirtschaftlich günstigste Angebot“** vorzusehen. Im Rahmen des Modells könnten soziale, ökologische und qualitative Erwägungen vermehrt Eingang in die Beschaffungsprozesse finden und nur so ist eine ganzheitliche Perspektive auf öffentliche Aktivitäten möglichen. Der öffentlichen Hand kommt eine Vorbildfunktion zu, **gesamtgemeinschaftliche Folgekosten** mit zu beachten; zumal geht es um den Einsatz öffentlicher Steuermittel.

Soziale Erwägungen sollten etwa die Gleichstellung von Männern und Frauen, die Integration besonders benachteiligter Gruppen am Arbeitsmarkt (insb jugendliche Arbeitskräfte/Lehrlinge, Langzeitarbeits- und Langzeitbeschäftigungslose, Menschen mit Migrationshintergrund, Menschen mit Behinderungen) sowie

die Einhaltung hoher Standards bei den Arbeitsbedingungen im Unternehmen selbst sowie auch in der Zulieferkette voranbringen und sollten sowohl im Rahmen der Auswahl der Teilnehmer im Verfahren, als auch im Rahmen der Durchführung verankert werden.

Insbesondere dann, wenn eine Konzessionsvergabe auch Dienstleistungen der Daseinsvorsorge betrifft, wird es von vorrangiger Bedeutung sein, ein hohes Maß an **Qualität der Dienstleistungen für die NutzerInnen** sowie – wie auch bei anderen Konzessionen – aus Sicht der Beschäftigten sicher zu stellen. Eine vorrangige Orientierung am preisgünstigsten Angebot ist gerade für den Bereich der öffentlichen Dienstleistungen vollkommen ungeeignet.

7. Auswahlgründe (Art 36)

Betreffend die in Art 36 Abs 1 aufgezählten **Auswahlkriterien** sollte ausdrücklich hervorgehoben werden, dass es sich nicht um eine abschließende, sondern eine **beispielhafte Aufzählung** handelt. Die Formulierung, welche eine **enge Anbindung an den Vertragsgegenstand** („mit diesem in einem absolut angemessenen Verhältnis“) vorsieht, sollte gestrichen werden. Durch diese Einschränkung ist die Erreichung weitergehender sozial- und wirtschaftspolitischer Zielsetzungen auch im Sinne der Europa 2020-Ziele im Rahmen der öffentlichen

Konzessionsvergabe nicht in dem Ausmaß möglich, wie dies aus Sicht der AK wünschenswert wäre.

Zudem sollte die in Art 36 Abs 2 vorgesehene Möglichkeit **der Einbeziehung von Leistungen anderer Unternehmen** dahingehend ergänzt werden, dass auch diese anderen Unternehmen die gesetzlichen Voraussetzungen der Absätze 5 bis 7 desselben Artikels zu erfüllen haben und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu bescheinigen ist. Sollte erst nach der Vergabe der Konzession das in Anspruch genommene Unternehmen die Voraussetzungen des Abs 6 nicht erfüllten, so sollte der Auftraggeber einen Teil der vereinbarten Gegenleistung einbehalten können, um das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge sicherzustellen.

8. Ausschlussgründe (Art 36)

Zu den Ausschlussgründen in Art 36 Abs 5 bis 7 aufgezählten Ausschlussgründen wären noch folgende Punkte zu ergänzen:

- In Abs 5 lit c sollte entsprechend der Formulierung der lit b auch **Betrug im Sinne des einzelstaatlichen Rechts** des öffentlichen Auftraggebers umfasst sein muss und nicht nur jener im Sinne von Art. 1 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft.

- Gemäß Abs 6 sollten nicht nur jene Bewerber, der rechtskräftig wegen Steuerhinterziehung oder Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen verurteilt wurden, von einem Konzessionsvergabeverfahren ex lege ausgeschlossen werden, sondern auch das **vermehrte Auftreten arbeitsgerichtlicher Verurteilungen von Unternehmen** sollte zu einem ex lege-Ausschluss von der Konzessionsvergabe führen. Unter „vermehrtem Auftreten“ versteht die AK das Vorliegen von mindestens fünf arbeitsgerichtlichen Urteilen gegen das jeweilige Unternehmen Abs 6 ist zudem noch dahingehend zu ergänzen, dass nicht nur gerichtliche Entscheidungen zu einem Ausschluss führen, sondern **auch rechtskräftige behördliche Entscheidungen im Verwaltungswege**, da gerade die Vorschreibung von Sozialversicherungsbeiträgen in Österreich von Verwaltungsbehörden bescheidmäßig erfolgt.

- Anstatt der Formulierung *„Die Mitgliedstaaten können festlegen [...]“* sollte es in Abs 7 heißen *„Die Mitgliedstaaten legen fest [...]“*. Zudem sollten hier **Verstöße auf dem Gebiet des Sozial-, Arbeits- und Umweltrechts**, beispielhaft genannt werden.

Was die Möglichkeit in Art 36 Abs 8 betrifft, trotz einschlägiger Ausschlussgründe die Verlässlichkeit des Bewerbers nachzuweisen, so sollte dies nur für Bewerber gelten, die sich in einer in Abs 7 genannten Situation befinden

und auch hier nur bei Vorliegen besonders berücksichtigungswürdiger Gründe (zB lange zurückliegende Verurteilung), nicht jedoch für die Absätze 5 und 6 des Art 36.

9. Zuschlagskriterien (Art 39)

Wie eingangs ausgeführt sollte der Zuschlag in Zukunft nur mehr an das **„wirtschaftlich günstigste Angebot“** und nicht mehr an das nur **„preislich niedrigste Angebot“** erteilt werden können. Zudem sollte auch in Art 39 der enge Konnex zum Konzessionsgegenstand gestrichen werden. Zudem muss ergänzt werden, dass die in Art 39 Abs 4 formulierten Zuschlagskriterien keinen abschließenden Katalog darstellen. Jedoch sollten exemplarisch unbedingt noch folgende Qualitätskriterien angeführt werden:

- **Soziale und beschäftigungspolitische Kriterien**, etwa die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, die Integration besonders benachteiligter Gruppen am Arbeitsmarkt (insb jugendliche Arbeitskräfte/Lehrlinge, Langzeitarbeits- und Langzeitbeschäftigungslose, Menschen mit Migrationshintergrund, Menschen mit Behinderungen) sowie die Einhaltung hoher Standards bei den Arbeitsbedingungen im Unternehmen selbst sowie in der Zulieferkette;

- Qualitätskriterien für die **NutzerInnen** der Leistung;
- **Externe Kosten**, wie beispielsweise Umweltkosten, wie beispielsweise die sich über lange Anfahrtswege auf der Straße zur Erbringung der Dienstleistung ergeben und welche mittels des Transportes durch umweltschonende Verkehrsträger wie der Bahn entsprechend gesenkt werden können;
- **Nachhaltigkeit der Produktionsprozesse**

Erwägungsgrund 29 sollten dringendst umformuliert werden. Die beiden genannten Aspekte „Gesundheitsschutz“ und „Förderung der sozialen Integration von Angehörigen benachteiligter und gefährdeter Gruppen“ sind zwar wichtige Beispiele für Soziale und beschäftigungspolitische Kriterien, jedoch ist nicht einsehbar warum sich die Mitgliedstaaten auf die Einhaltung lediglich dieser zwei Aspekte beschränken sollten.

10. Vergabe von Unteraufträgen (Art 41)

Subaufträge sind insbesondere im Baubereich ein Nährboden für Schwarzarbeit, Sozialbetrug und Lohndumping. Dies ist spätestens seit der Studie von Houwerzijl/Peters (Liability in subcontracting processes in the European construction sector, 2008, Studie im Auftrag der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen)

sowie der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 24.10.2007 mit dem Titel: Stepping up the fight against undeclared work (Punkt 3.A. Drivers of undeclared work) evident.

Um Sozialbetrug und in letzter Konsequenz Kosten für die SteuerzahlerInnen zu vermeiden, muss die Subunternehmerkette daher auch bei der Konzessionsvergabe beschränkt werden, und zwar je nach Größe und Komplexität des Auftrags auf eine, zwei oder maximal drei Ebenen (Beschränkung der Subunternehmerkette).

11. Bedingungen für Ausführung der Konzession

Es sollte zudem eine Bestimmung ergänzt werden, dass die **Einhaltung des Arbeits- und Sozialrechts** eine Bedingung im Zusammenhang mit **der Ausführung der Konzession** sein soll und nicht dem fakultativen Ermessen der Vergabestelle überlassen werden darf. Wesentlich ist es dabei, dass die Nichteinhaltung der Bedingungen mit entsprechenden Konsequenzen verknüpft wird. Diese können je nach Schwere des Verstoßes von einer bloßen Verwarnung bis zu hohen Vertragsstrafen oder als letzte Konsequenz zu einer Entziehung des Auftrags führen. Werden die Folgen nämlich nicht klar festgelegt bzw vereinbart, so bleibt als mögliche Konsequenz in der Regel nur die Entziehung des Auftrags. Dies wird aber in der Praxis nur

sehr selten und in krassen Fällen gehandhabt, sodass ein Verstoß gegen die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen bei der Ausführung des Auftrags in der Praxis fast immer folgenlos bleibt.

Zudem sollte die Möglichkeit der Mitgliedstaaten festgehalten werden, im Rahmen der Ausverföhrung vertragliche soziale und beschäftigungspolitische Maßnahme zu vereinbaren, so wie etwa der Erlass des Bundeskanzleramts frauen- und gleichstellungsfördernden Maßnahmen vorsieht.

Für weitere Fragen stehen Ihnen gerne

Alice Wagner

T +43 (0) 1 501 65 2368
alice.wagner@akwien.at

sowie

Frank Ey

(in unserem Brüsseler Büro)
T +32 (0) 2 230 62 54
frank.ey@akeuropa.eu

zur Verfügung.

Bundesarbeitskammer Österreich

Prinz-Eugen-Strasse, 20-22
A-1040 Wien, Österreich
T +43 (0) 1 501 65-0
F +43 (0) 1 501 65-0

AK EUROPA

Ständige Vertretung Österreichs bei der
EU
Avenue de Cortenbergh, 30
B-1040 Brüssel, Belgien
T +32 (0) 2 230 62 54
F +32 (0) 2 230 29 73