LESSIAK & PARTNER
rechtsanwälte

Dr. Aicher
UNTERNEHMENSFORSCHUNG OG

Gutachterliche Stellungnahme[1]

zum

NON-PAPER von Leitlinien zur PSO Verordnung hinsichtlich seines Punktes 2.4.6, sohin zur „leistungsbasierten Direktvergabe“ von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen nach Art 5 Abs 4a der PSO

beauftragt von der
Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien

durch
em. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Dr. Aicher Unternehmensforschung OG

und

RA Prof. Dr. Rudolf Lessiak
Dr. Rudolf Lessiak Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[1] Nur der deutsche Text ist authentisch.

LESSIAK & PARTNER
rechtsanwälte

Dr. Aicher
UNTERNEHMENSFORSCHUNG OG

Legal opinion[2]

on the

NON-PAPER of guidelines

to the PSO Regulation with regard to its point 2.4.6,

thus to the "performance-based direct award"

of passenger transport railway services

under Art 5 para 4a of the PSO

mandated from the
Vienna Chamber of Labour

by
em. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Dr. Aicher Unternehmensforschung OG

and

RA Prof. Dr. Rudolf Lessiak
Dr. Rudolf Lessiak Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

[2] Only the German text is authentic.

I. Fragestellung

(1)
Uns wurde vorgelegt das „NON-PAPER“[3] überarbeiteter Leitlinien für die Interpretation der PSO. Diese Unterlage wird im Folgenden als „NON-PAPER Guidelines“ bezeichnet.

(2)
In diesem NON-PAPER Guidelines nimmt die Kommission unter Punkt 2.4.6[4] zur Möglichkeit der Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste gemäß Artikel 5 Abs 4a der PSO[5] Stellung.

(3)
Unsere Aufgabenstellung ist es, zu überprüfen, ob und in welchem Umfang die Interpretationen des Artikel[6] 5 Abs 4a der PSO durch das genannte NON-PAPER Guidelines in der PSO gedeckt sind oder nicht. Dies insbesondere im Hinblick auf die konkreten, im NON-PAPER Guidelines ausgesprochenen Handlungsempfehlungen oder Handlungsvorgaben beziehungsweise Entscheidungsempfehlungen oder Vorgaben an Entscheidungen, welche die zuständigen Behörden zu treffen haben.

(4)
Daher werden im Folgenden die nach Auffassung der Gutachter unter diesem Aspekt des Gutachtensauftrags zu prüfenden Argumente der Kommission dargestellt und in einem nächsten Schritt kommentiert und beurteilt. Die Zitierung folgt dem uns vorliegenden Exemplar des NON-PAPER Guidelines.

I. Scope

(1)
We were presented with the "NON-PAPER"[3] revised guidelines for the interpretation of PSO. This document is hereafter referred to as "NON-PAPER Guidelines".

(2)
In these NON-PAPER Guidelines, the Commission comments on the possibility of direct award of public service contracts for public passenger transport railway services in accordance with Article 5(4a) of the PSO[5] under point 2.4.6.[4]

(3)
Our task is to evaluate whether and to what extent the interpretations of Article[6] 5(4a) of the PSO are covered by the aforementioned NON-PAPER Guidelines in the PSO. This in particular with regard to the specific recommendations for action or guidelines for action, respectively recommendations for decisions or guidelines for decisions to be taken by the competent authorities, as they are issued in the NON-PAPER Guidelines.

(4)
Therefore, in the following, the arguments of the Commission are presented and commented on and assessed, which in the opinion of the experts are to be examined under this aspect of the expert opinion mandate. The citation follows the copy of the NON-PAPER Guidelines available to us.

[3] NON-PAPER Revised interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road. Rev. Ares(2021)7430531 - 02/12/2021.
[4] 2.4.6 Article 5 (4a).
Conditions under which competent authorities may directly award a public service contract for rail in case of certain structural and geographic characteristics of the market and network and of performance improvements.
[5] Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nummer 1191/69 und (EWG) Nummer 1107/70 des Rates in der Fassung ihrer Änderungsverordnung, das ist die Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016, L354, Seite 22 des ABl vom 23.12.2016, in diesem Gutachten kurz „PSO“ genannt. Wird auf die letztgenannte, die PSO ändernde VO Bezug genommen, so wird diese als „Änderungsverordnung“ bezeichnet.
[6] Wird in diesem Gutachten auf einen „Artikel“ ohne gesonderte Angabe der Quelle verwiesen, so ist dies ein Artikel der PSO.

[3] NON-PAPER Revised interpretative guidelines concerning Regulation (EC) No 1370/2007 on public passenger transport services by rail and by road. Rev. Ares(2021)7430531 - 02/12/2021.
[4] 2.4.6 Article 5 (4a).
Conditions under which competent authorities may directly award a public service contract for rail in case of certain structural and geographic characteristics of the market and network and of performance improvements.
[5] Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road and repealing Council Regulation (EEC) No 1191/69 and (EEC) No 1107/70, as amended by its Regulation (EU) 2016/2338, that is Regulation (EU) 2016/2338 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016, L354, page 22 of OJ 23.12.2016, referred to in this Opinion as "PSO" for short. Where reference is made to the latter Regulation amending the PSO, it is referred to as "Regulation (EU) 2016/2338".

[6] If reference is made in this opinion to an "article" without a separate indication of the source, this is an article of the PSO.

II. Verhältnis zwischen Vergabe im Wettbewerb und Direktvergabe

A. Prämisse der Kommission

(5)
Im NON-PAPER Guidelines hält die Kommission unter Punkt 2.4.6 im ersten Satz des ersten Absatzes zutreffend fest, dass die zuständige Behörde zur Direktvergabe greifen darf, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind. Doch bereits der nächste Satz enthält jene Prämisse der Kommission, aus der die unter 2.4.6 des NON-PAPER Guidelines dargestellten Interpretationen des Artikel 5 Abs 4a der PSO durch die Kommission abgeleitet werden. Denn die Kommission führt aus:

„As an exception to the principle of the competitive tendering procedure for the award of public service contracts, this provision should be interpreted restrictively“.

(6)
Die unter 2.4.6 des NON-PAPER Guidelines als Interpretationen des Artikel 5 Abs 4a der PSO durch die Kommission dargestellten Einschränkungen seiner Anwendung, insbesondere die seine Anwendung einschränkenden Vorgaben der Kommission, folgen unmittelbar aus dieser Prämisse, dass die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen dem Prinzip eines wettbewerblichen Verfahrens zu folgen habe, welches durch die Möglichkeit der Direktvergabe durchbrochen werde.

Die Direktvergabe sei demnach nur eine Ausnahme vom Prinzip wettbewerblicher Vergabe.

Aus dieser Annahme der Kommission, dass (auch) bei der Beschaffung von Dienstleistungen für öffentliche

II. Relationship between competitive tendering and direct award

A. Premise of the Commission

(5)
In point 2.4.6 of the NON-PAPER Guidelines, in the first sentence of the first paragraph, the Commission correctly states that the competent authority may issue a direct award when two conditions are met. However, the following sentence already contains the Commission's premise from which the Commission's interpretation of Article 5(4a) of the PSO as presented in 2.4.6 of the NON-PAPER Guidelines is deduced. The Commission states:

"As an exception to the principle of the competitive tendering procedure for the award of a public service contract, this provision should be interpreted restrictively".

(6)
The restrictions on its application set out in 2.4.6 of the NON-PAPER Guidelines as interpretations of Article 5(4a) of the PSO by the Commission, in particular the Commission's guidelines restricting its application, follow directly from this premise that the procurement of passenger transport railway services must follow the principle of competitive tendering, which is broken by the possibility of direct award.

Thereafter the direct award would be just an exception to the principle of competitive tendering.

From the assumption of the Commission that (also) in the procurement of services for public passenger transport railway services the

Schienenpersonenverkehrsdienste das (aus dem Vergaberecht übernommene) Verhältnis von „Grundregel Wettbewerb“ zur „Ausnahme Direktvergabe“ bestünde, folgen sowohl die generelle Ansicht der Kommission, dass dieser Tatbestand der Direktvergabe „restrictively“ zu interpretieren sei als auch jene konkreten Vorschläge der Kommission, die Anwendung dieses Tatbestandes zu beschränken bzw zu erschweren.

relationship (adopted from procurement law) between the "basic rule of competition" and the "exception of direct award" exists, both the general view of the Commission that this element of the case of direct award is to be interpreted "restrictively" as well as those concrete proposals of the Commission to restrict or make more difficult the application of this fact, derive.

(7)
Die Auseinandersetzung mit dieser Prämisse der Kommission ist daher zentraler Gegenstand dieses Gutachtens. Diese Grundsatzfrage wird daher im Folgenden behandelt, bevor auf die einzelnen „Interpretationen“ der Kommission eingegangen wird.

(7)
The discussion of this premise of the Commission is therefore the central subject of this report. This fundamental question will therefore be addressed in the following, before the individual "interpretations" of the Commission are discussed.

B. Grundsätze der PSO für die Leistungsbeschaffung

B. PSO principles for the procurement of services

(8)
Zum besseren Verständnis der grundsätzlichen Kontroverse um den Ausnahme- oder Gleichrangigkeitscharakter der Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen ist ein Blick auf das **System** der PSO betreffend die Beschaffung von Personenverkehrsdienstleistungen hilfreich.

(8)
For a better understanding of the fundamental controversy about the **exemptional** or **parity** character of the direct award of passenger transport railway services, it is helpful to take a look at the **system** of PSOs concerning the procurement of passenger transport services.

Dafür sind zunächst der Regelungszweck der PSO und der diesen zentral verwirklichende Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages in den Blick zu nehmen.

For this purpose, the regulatory purpose of the PSO and the concept of the public service contract, which centrally realizes this purpose, must first be considered.

(9)
Gemäß Art 1 Abs 1 PSO ist es Zweck dieser Verordnung,

(9)
Pursuant to Art 1(1) PSO, the purpose of this Regulation is,

„festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

"to define how, in accordance with the rules of Community law, competent authorities may act in the field of public passenger transport to guarantee the provision of services of general interest which are among other things more

zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.

numerous, safer, of a higher quality or provided at lower cost than those that market forces alone would have allowed.

Hierzu wird in dieser Verordnung festgelegt, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben."

To this end, this Regulation lays down the conditions under which competent authorities, when imposing or contracting for public service obligations, compensate public service operators for costs incurred and/or grant exclusive rights in return for the discharge of public service obligations."

In Erw 5 und 9 heißt es:

In Recital 5 and 9 it says:

„Viele Personenlandverkehrsdienste, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erforderlich sind, können derzeit nicht kommerziell betrieben werden. Die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten müssen Maßnahmen ergreifen können, um die Erbringung dieser Dienste sicherzustellen. Zu den Mechanismen, die sie nutzen können, um die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste sicherzustellen, zählen unter anderem die Gewährung ausschließlicher Rechte an die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, die Gewährung einer finanziellen Ausgleichsleistung für Betreiber eines öffentlichen Dienstes sowie die Festlegung allgemeiner Vorschriften für den Betrieb öffentlicher Verkehrsdienste, die für alle Betreiber gelten….".

"At the present time, many inland passenger transport services which are required in the general economic interest cannot be operated on a commercial basis. The competent authorities of the Member States must be able to act to ensure that such services are provided. The mechanisms that they can use to ensure that public passenger transport services are provided include the following: the award of exclusive rights to public service operators, the grant of financial compensation to public service operators and the definition of general rules for the operation of public transport which are applicable to all operators...".

„Um die öffentlichen Personenverkehrsdienste optimal nach den Bedürfnissen der Bevölkerung gestalten zu können, müssen alle zuständigen Behörden die Möglichkeit haben, die Betreiber eines öffentlichen Dienstes gemäß den Bedingungen dieser Verordnung frei auszuwählen und dabei die Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen. Um die Anwendung der

"In order to be able to organise their public passenger transport services in the manner best suited to the needs of the public, all competent authorities must be able to choose their public service operators freely, taking into account the interests of small and medium-sized enterprises, under the conditions stipulated in this Regulation. In order to guarantee the application of the principles of transparency, equal treatment of competing

Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung konkurrierender Betreiber und der Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten, wenn Ausgleichsleistungen oder ausschließliche Rechte gewährt werden, müssen in einem **öffentlichen Dienstleistungsauftrag** der zuständigen Behörde an den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes die Art der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und die vereinbarten Gegenleistungen festgelegt werden ....“.

operators and proportionality, when compensation or exclusive rights are granted, it is essential that a **public service contract** between the competent authority and the chosen public service operator defines the nature of the public service obligations and the agreed reward...".

(10)
Zweckkongruent erweist sich der **öffentliche Dienstleistungsauftrag** als **Schlüsselbegriff**. Mit diesem rechtsformoffenen Instrument soll es den Aufgabenträgern in den Mitgliedstaaten ermöglicht werden, die Einbringung von für die Allgemeinheit bestimmten Personenverkehrsdiensten sicherzustellen.

(10)
The public service contract proves to be a **key concept with a** congruent purpose. This instrument, which is open to all legal forms, is intended to enable the public authorities in the Member States to ensure the provision of passenger transport services intended for the general public.

Gemäß Art 2 lit i) PSO bezeichnet der Ausdruck

„´öffentlicher Dienstleistungsauftrag´ einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen; gemäß der jeweiligen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten können diese rechtsverbindlichen Akte auch in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen:

— die die Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung für den Einzelfall haben oder
— die Bedingungen enthält, unter denen die zuständige Behörde diese Dienstleistungen selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung dieser Dienstleistungen betraut.“

According to Art 2 lit i) PSO, the following definitions apply

"´Public service contract´ means one or more legally binding acts confirming the agreement between a competent authority and a public service operator to entrust to that public service operator the management and operation of public passenger transport services subject to public service obligations; depending on the law of the Member State, the contract may also consist of a decision adopted by the competent authority:

— taking the form of an individual legislative or regulatory act, or
— containing conditions under which the competent authority itself provides the services or entrusts the provision of such services to an internal operator".

(11)
In diesem Begriff spiegelt sich der **doppelfunktionale Regelungsinhalt** der PSO wider:

Sie enthält Regeln zur Gewährleistung eines transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt für Personenverkehrsdienstleistungen und zur Sicherstellung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gelegenen Personenverkehrsdienste, die ohne Abgeltung der damit verbundenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen idR kommerziell nicht betrieben werden könnten unter Vermeidung einer Verzerrung des Wettbewerbs durch „Überkompensation“ (siehe Erw 5).

Genauer gesagt: Die PSO stellt das Vergaberegime in den Dienst beihilferechtlicher **Überkompensationskontrolle**.

Die Gewährung ausschließlicher Rechte und/oder von Ausgleichszahlungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen kann grundsätzlich (Ausnahme: allgemeine Vorschriften iSd Art 3 Abs 2 PSO) nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages erfolgen (Art 3 Abs 1 PSO). Dieser Dienstleistungsauftrag kann, wenn nicht die Voraussetzungen für ein „Sonderverfahren“ gegeben sind (Art 5 Abs 2 und Art 5 Abs 4 bis 6 PSO), nur in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben werden (Art 5 Abs 1 und Abs 3 PSO). Daher ist der Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages Anknüpfungspunkt für jene Regelungen, die einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb **um** den Markt sicherstellen (Wettbewerbsfunktion).

(12)
In einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag sind ua die vom Betreiber des öffentlichen Dienstes zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen klar

(11)
This term reflects the **dual-functional regulatory content** of the PSO:

It contains rules to guarantee access to the market, which is transparent and without discrimination for passenger transport services and to ensure passenger transport services in the general commercial interest, which could not be operated commercially without compensation for the associated public service obligations, while avoiding unjustified distortions of competition through "overcompensation" (see Recital 5).

More precisely, the PSO puts the procurement regime at the service of the **control of overcompensation** under state aid law.

The granting of exclusive rights and/or compensation payments for the fulfilment of public service obligations in principle (exception: general rules as defined in Article 3(2) PSO) can only take place within the framework of a public service contract (Article 3(1) PSO). This service contract can only be awarded in a competitive procedure (Article 5(1) and (3) PSO), unless the conditions for a "special procedure" are met (Article 5(2) and Article 5(4) to (6) PSO). Therefore, the term public service contract is the connecting factor for those regulations which ensure a competition **for** the market, which is transparent and without discrimination (competition function).

(12)
In a public service contract, the public service obligations to be fulfilled by the operator of the public service must be clearly defined. Furthermore, the parameters on the basis of

zu definieren. Weiters sind jene Parameter in objektiver und transparenter Weise aufzustellen, anhand derer die dem „Überkompensationsverbot“ unterliegende Ausgleichsleistung zu berechnen ist (Art 4 Abs 1 PSO, Art 6 Abs 1 PSO) bzw ist Art und Umfang der gegebenenfalls gewährten Ausschließlichkeitsrechte (Art 4 Abs 1 lit b) PSO) darzustellen. Daraus folgt bei Verordnungskonformität der Ausgleichsleistung, **die bei wettbewerblichen Verfahren zu vermuten ist**,[7] die Befreiung von der Notifikationspflicht des Art 88 Abs 3 (Art 9 Abs 1 PSO). Daher ist der Begriff der **verordnungskonformen Ausgleichsleistung** Angelpunkt der Gewährleistung der Konformität mit dem Beihilfenregime des EG-Vertrags resp AEUV („**Beihilfenkontrollfunktion**“).

which the compensation subject to the "prohibition of overcompensation" is to be calculated must be set out in an objective and transparent manner (Article 4(1) PSO, Art 6(1) PSO) and the type and scope of any exclusive rights granted (Article 4(1)(b) PSO) must be described. Consequently, in the case of conformity of the compensation with the regulation, **which is to be assumed in the case of competitive procedures,**[7] the exemption from the notification obligation of Article 88(3) (Article 9(1) PSO) follows. Therefore, the concept of **compensation** in **conformity with the regulation** is the key to ensuring conformity with the state aid regime of the EEC Treaty resp TFEU ("**state aid control function**").

Dabei erfolgt die Indienststellung des Vergaberechts für Zwecke der Beihilfenkontrolle jedoch in **unterschiedlichen Kategorien**. Dies erfolgt durch Art 5 Abs 1 PSO. Er sieht je nachdem, mit welchem Verkehrsmittel der zu vergebende Personenverkehr abgewickelt werden soll, wenn es sich dabei um einen öffentlichen Dienstleistungs**auftrag** und nicht um eine Dienstleistungskonzession (iSd Vergaberichtlinien) handelt,[8] zwei Vergaberegime für nach Verkehrsträger unterschiedene Personenverkehre vor.[9]

However, procurement law is used in **different categories** for the purpose of controlling state aid. This is done by Article 5(1) PSO. Depending on the means of transport the passenger transport to be awarded is to be handled, if it is a public service contract and not a service concession (in the sense of procurement directives),[8] by two procurement regimes for passenger transport differentiated according to mode of transport, which are provided for.[9]

---

[7] Siehe dazu Erw 33-36; s. auch das 4. Altmark Trans-Kriterium: Verzichtbarkeit der Kostendifferenzrechnung zu einem gut geführten Unternehmen, wenn der Verkehrsdienstleister in einem Vergabeverfahren ausgewählt wurde.

[8] Die Vergabe von Verkehrsdienstleistungskonzessionen unterliegt immer unabhängig vom Verkehrsträger (Bus, Straßenbahn, auf der Schiene oder per Untergrundbahn) den materiellen Vergabevorschriften der PSO (Art 10 lit j) RL 2014/24/EU, Art 21 lit g) RL 2014/25/EU, Art 10 Abs 3 RL 2014/23/EU, § 151 Abs 2, 2. Satz BVergG 2018, § 25 Abs 2 2. Satz BVergGKonz, ErlRV BVergGKonz 69 Blg NR 26. GP 209.

[9] Siehe Rz (14), (15).

[7] See Recital 33-36; see also the 4th Altmark Trans criterion: Waiver of the cost difference calculation to a well-managed company if the transport service provider was selected in a competitive award procedure.

[8] The award of transport service concessions is always subject to the substantive procurement rules of the PSO, irrespective of the mode (bus, tram, rail or underground) (Art 10 lit j) Directive 2014/24/EU, Art 21 lit g) Directive 2014/25/EU, Art 10 para 3 Directive 2014/23/EU, § 151 para 2, 2nd sentence BVergG 2018, § 25 para 2 2nd sentence BVergGKonz, ErlRV BVergGKonz 69 Blg NR 26. GP 209.

[9] See marginals (14), (15).

(13)
Gemäß Art 5 Abs 1 S 1 PSO erfolgt die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ungeachtet ihrer Rechtsform nach Maßgabe der PSO. Damit ist sichergestellt, dass jene (ua beihilferechtlichen) Bestimmungen der PSO zur Anwendung gelangen, die unabhängig von der Vergabemodalität für öffentliche Dienstleistungsaufträge gelten (sollen).

(13)
Pursuant to Article 5(1) sentence 1 PSO, the procurement of public service contracts is carried out in accordance with the PSO, irrespective of their legal form. This ensures that the provisions of the PSO (including those on state aid) are applied, which (shall) apply to public service contracts regardless of the way of procurement.

(14)
Öffentliche Dienstleistungs**aufträge** mit **Bussen und Straßenbahnen** werden nach den allgemeinen Vergaberichtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG[10] vergeben[11] („Rückverweisung“ auf das Verfahren nach den VergabeRL), soweit es sich um Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den genannten VergabeRL handelt (dh im Wege eines entgeltlichen Vertrages, der nicht Konzessionsvertrag ist).

(14)
Public service **contracts** with **bus or tram** are awarded under the general procurement directives 2004/17/EC or 2004/18/EC[10][11] ("referral back" to the procedure under the procurement directives), as far as they are service contracts as defined in the said procurement directives (that is by way of a contract in return for payment which is not a concession agreement).

In diesem Fall sind die Bus- oder Straßenbahnverkehrsdienstleistungen nach den für Dienstleistungsaufträge geltenden Bestimmungen der beiden VergabeRL, damit in Österreich nach den Regeln des BVergG 2018, zu vergeben, sohin in einem bekanntzumachenden **wettbewerblichen** Verfahren, sofern nicht eine **Ausnahme** der **RL** bzw des **BVergG** eine bekanntmachungslose Vergabe (zB Inhouse-Vergabe, Direktvergabe) zulässt.

In this case, the bus or tram transport services are to be awarded according to the provisions of the two procurement directives applicable to service contracts according to those of the BVergG 2018. Thus in a **competitive procedure** to be announced, unless an **exception of** the **directive** or the **BVergG** permits procurement without a public information notice (e.g. in-house procurement, direct award).

Konsequent bestimmt Art 5 Abs 1 Satz 3 PSO, dass diesfalls Art 5 Abs 2 bis 6 PSO, also die Vorschriften eines anderen Vergabereglements, nicht anwendbar sind. Damit sind die (eher) rudimentären Vergaberegeln der PSO gemeint.

Consequently, Article 5(1) sentence 3 PSO stipulates that in this case Article 5(2) to (6) PSO, and therefore the provisions of other procurement rules, are not applicable. This refers to the (rather) rudimentary procurement rules of the PSO.

---

[10] Infolge der dynamischen Verweisung jetzt RL 2014/24/EU und 2014/25/EU.
[11] Arg: „jedoch“.

[10] As a result of the dynamic reference now Directive 2014/24/EU and 2014/25/EU.
[11] Arg: "However".

(15)
Nach diesen **PSO-Regeln** (Art 5 Abs 1 S 1, Abs 2-6) sind **Eisenbahn**verkehrsdienstleistungen zu vergeben, sohin sind va Art 5 Abs 2 bis 6 PSO anzuwenden.

(15)
According to these **PSO-rules** (Article 5(1) sentence 1, (2-6)), if transport services by **rail** are to be awarded, Article 5(2 to 6) PSO are to be applied.

(16)
Die Zuordnung der Bus- und Straßenbahnverkehrsdienstleistungen einerseits und der Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen andererseits hat ihren Grund in der auf den betreffenden Märkten ganz **unterschiedlichen Wettbewerbsintensität**.

(16)
The classification of bus or tram transport services on the one hand and passenger transport railway services on the other is due to the very **different intensity of competition on** the markets concerned.

(17)
Auf dem Markt für **Busdienstleistungen** besteht ein reger Anbieterwettbewerb.[12] Hier soll nach dem Willen des Richtliniengesetzgebers das beste Preis/Leistungsverhältnis durch Wettbewerb **auf dem Markt** ermittelt werden. Deshalb hat die Vergabe nach den darauf zugeschnittenen Vergaberichtlinien zu erfolgen, die durch den Zwang zu bekanntzumachenden Vergaben den Wettbewerb zur Regel erheben und Verfahren ohne „Aufruf zum Wettbewerb“ als eng begrenzte Ausnahmen erscheinen lassen.

(17)
There is lively competition between providers on the market for **bus services.**[12] According to the intention of the legislator, the best price/performance ratio should be determined through competition **on the market**. Therefore, procurement has to be carried out in accordance with the procurement directives tailored to this purpose, which make, through the compulsory publication of tenders, competition to the standard procedure and make procedures without a "call for competition" appear as narrowly defined exceptions.

Wettbewerb als Regelverfahren hat die Vermutung der beihilferechtlichen „Richtigkeitsgewähr“ insofern für sich, als der Wettbewerbspreis eine „Überkompensation“ vermeidet. Darauf reagiert auch die PSO. Für nach den Vergaberichtlinien zu vergebende öffentliche Dienstleistungsaufträge ist der Auftraggeber im Hinblick auf die (va beihilferechtlich relevanten) inhaltlichen Anforderungen eines öffentlichen

Competitive tendering as standard procedure has the presumption to "warrant correctness" under state aid law in that the competitive price avoids "overcompensation". The PSO also reacts to this. For public service contracts awarded under the procurement directives, the contracting authorities are **only** bound by the minimum requirements of Article 4 PSO with regard to the substantive requirements of a public service contract (especially for those

[12] Das gilt in gewisser Weise auch für den Straßenbahnverkehr, der in Konkurrenz steht zum Busverkehr und zum motorisierten Individualverkehr.

[12] To a certain extent, this also applies to tram transport, which competes with bus transport and motorised private transport.

Dienstleistungsauftrages **nur** an die Mindestanforderungen des Art 4 PSO gebunden.

under state aid law).

(18)
Anders verhält es sich bei **Schienenpersonenverkehrs-dienstleistungen**. Dieser Markt ist von der Existenz (ehedem monopolistischer) Staatsbahnen geprägt, die auch noch heute den Schienenverkehrsmarkt dominieren, auch wenn andere Anbieter (freien) Zugang zu deren Schieneninfrastruktur haben. Die Rahmenbedingungen für einen intensiven Wettbewerb auf dem Markt sind nicht vorhanden.

(18)
The situation is different for **passenger transport railway services**. This market is characterised by the existence of (formerly monopolistic) state railways, which still dominate the railway transport market today, even though other providers have (free) access to their rail infrastructure. The framework conditions for intensive competition on the market do not exist.

Deshalb setzt die PSO auf einen Wettbewerb **um den Markt**, der nach **anderen Regeln**, nämlich den spezielleren abschließenden Regelungen der PSO, abläuft. Diese sind von der Erkenntnis getragen, dass Auftraggeber von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen auf noch vermachteten Märkten eine hinreichende Verkehrsversorgung gewährleisten müssen, wofür neben dem wettbewerblichen Verfahren (Art 5 Abs 3 PSO) bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nach Wahl des Auftraggebers auch nicht wettbewerbliche Vergabeverfahren – gleichrangig – zur Verfügung stehen. Das sind die „Sonderverfahren“ gemäß Art 5 Abs 2, 3a, 4a, 4b, 5 und 6. Auch darauf reagiert die PSO. Wählt der Auftraggeber bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen ein solches Sonderverfahren, kann die „Überkompensationskontrolle“ durch Wettbewerb nicht greifen. Neben den va beihilferechtlichen Mindestanforderungen des Art 4 müssen solcherart vergebene öffentliche Dienstleistungsaufträge den **zusätzlichen Anforderungen** des Anhangs zur PSO entsprechen (Art 4 Abs 1, 2. UA, Art 6 Abs 1, Satz 2 PSO).

For this reason, the PSO relies on competition **for the market,** which runs according to **other rules**, namely the more specific final regulations of the PSO. These are based on the realisation that contracting authorities of passenger transport railway services must guarantee sufficient transport provision on markets that are still under contract, for which, in addition to the competitive procedure (Article 5(3) PSO), non-competitive award procedures are also available - on an equal footing - at the choice of the contracting authorities if the corresponding prerequisites are met. These are the "special procedures" according to Article 5(2, 3a, 4a, 4b, 5 and 6). The PSO reacts to this as well. If the contracting authorities choose such a special procedure when the prerequisites are met, the "control of overcompensation" through competition cannot take effect. In addition to the minimum requirements of Article 4 under state aid law, public service contracts awarded in this way must comply with the **additional requirements** of the Annex to the PSO (Article 4(1), 2nd subparagraph, Article 6 (1), sentence 2 PSO).

(19)
Hinzu kommt noch ein weiteres Argument, das für die Gleichrangigkeit der Sonderverfahren mit dem wettbewerblichen Verfahren spricht:

Wenn der Verordnungsgeber die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen dem Vergaberegime als Ausnahme unterstellen wollte, die dennoch die Direktvergabe zulässt, dann wäre dies mit dem bekannten vergaberechtlichen Instrumentarium möglich gewesen. Denn auch im Vollanwendungsbereich des Vergaberegimes gibt es Regelungen der Direktvergabe – die allerdings dort dem Grundsatz des Prinzips des Wettbewerbs, das durch die Ausnahme der Direktvergabe durchbrochen wird, folgen.

(19)
In addition, there is another argument in favour of the equal status of the special procedures with the competitive procedures:

If the legislator had wanted to subject the procurement of passenger transport railway services to the procurement regime as an exception that nevertheless allows direct award, then this would have been possible with the known instruments of public procurement law. For even in the fully applicable area of the procurement regime there are regulations on direct award - which, however, follow the principle of competition, which is broken by the exception of direct award.

(20)
Wenn die Kommission in ihrer Prämisse recht hätte, also tatsächlich auch bei Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen der vergaberechtliche Grundsatz des Wettbewerbs gelten würde, der nur durch eine ausnahmsweise zulässige Direktvergabe durchbrochen wird, dann hätte es einer Herausnahme der Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen aus dem Vergaberegime gar nicht bedurft – wie dies die PSO ausdrücklich tut.

Denn nach dieser Rechtsansicht hätte auch bei Vollanwendung des Vergaberegimes die zuständige Behörde die Möglichkeit, die Eisenbahnverkehrsdienstleistungen direkt zu vergeben.

Das wäre etwa der Fall im Beispiel des NON-PAPER Guidelines, dass die Direktvergabe den Anforderungen an Qualität und Kostenvorgaben besser genügt (erster Absatz auf Seite 20) als die wettbewerbliche Vergabe.

Gerade diesen Weg der gemeinsamen Unterstellung aller von der PSO erfassten Verkehrsdienstleistungen unter das Vergaberegime hat die PSO (ausdrücklich) nicht gewählt.

(20)
If the Commission were right in its premise, i.e. if the principle of competition under public procurement law also applied to the procurement of passenger transport railway services, which is only broken by an exceptionally permissible direct award, then there would have been no need to exclude passenger transport railway services from the procurement regime – as the PSO explicitly does.

According to this legal view, the competent authority would have the possibility to award the transport services by rail directly even if the procurement regime were fully applied.

This would be the case in the example of the NON-PAPER Guidelines, that the direct award meets the quality and cost requirements better (first paragraph on page 20) than competitive tendering.

It is precisely this path, the joint subordination of all transport services covered by the PSO under the procurement regime, that the PSO has (expressly) not chosen.

(21)
Damit steht als Zwischenergebnis fest:

Dass die Regelungen der PSO nicht „Vergaberecht“ sind sondern die beihilfenrechtlichen Vorgaben des AEUV umsetzen, schlägt sich auch darin nieder, dass die PSO für einen Teil der von ihr erfassten Dienstleistungen (Busse, Straßenbahnen) eine (modifizierte) Anwendung des Vergaberegimes anordnet.

Hingegen wird die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten nicht dem Vergaberegime unterstellt, sondern gesondert geregelt.

(22)
Obwohl auch das Vergaberegime die Möglichkeit von „Direktvergaben“ vorsieht, hat der Verordnungsgeber für Schienenpersonenverkehrsdienste nicht den Weg gewählt, die in diesen Fällen zulässigen Fälle der Direktvergabe als Ausnahme von dem im Vergaberegime selbstverständlichen Prinzip des Wettbewerbs festzulegen.

(23)
Der Verordnungsgeber hat vielmehr für Schienenpersonenverkehrsdienste ein eigenes Regime der Beschaffung in der PSO ausformuliert. Dieses orientiert sich gerade nicht an den Grundsätzen des „Public Procurement“, sondern an den Grundsätzen der „State Aid“, sohin des Beihilfenrechts.

(24)
Daher sind vergaberechtliche Grundsätze für die Interpretation der Möglichkeit zur Direktvergabe untauglich. Aus vergaberechtlichen Grundsätzen abgeleitete Handlungsempfehlungen können daher nicht für diese, vom Verordnungsgeber ausdrücklich außerhalb des Vergaberegimes angesiedelten, Möglichkeiten der Direktvergabe gelten.

(21)
Thus, the interim result is clear:

The fact that the regulations of the PSO are not "procurement law" but implement the provisions of the TFEU according to state aid law is also reflected in the fact that the PSO stipulates a (modified) application of the procurement regime for some of the services covered by it (buses, trams).

In contrast, the procurement of passenger transport railway services is not subject to the procurement regime but is regulated separately.

(22)
Although the procurement regime also provides for the possibility of "direct awards", the legislator of the regulation has not chosen the path of defining the cases of direct awards permitted in these cases as an exception to the principle of competition as this principle is self-evident in the procurement regime.

(23)
Instead, the legislator of the regulation has formulated a separate procurement regime for passenger transport railway services in the PSO. This is not based on the principles of public procurement, but on the principles of state aid.

(24)
Therefore, principles of public procurement law are unsuitable for the interpretation of the possibility of direct award. Recommendations for actions derived from public procurement law principles can therefore not apply to these direct award possibilities, which are expressly placed outside the procurement regime by the legislator of the regulation.

(25)
Dieses grundlegende Missverständnis der Kommission, die Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen letztlich doch wieder dem Vergaberegime zu unterstellen, schlägt sich nicht nur in der „Gesetzwerdung“ der PSO nieder. Dort hat die Kommission ebenso nachhaltig wie vergeblich versucht, vergaberechtlich bekannte Beschränkungen auch für die Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen einzuführen.

(25)
This fundamental misunderstanding on the part of the Commission to make the direct award of passenger transport railway services subject to the procurement regime again is not only reflected in the "law-making" of the PSO. There, the Commission has tried, as persistently as in vain, to introduce restrictions known under procurement law also for the direct award of passenger transport railway services.

(26)
Aus diesem falschen Grundverständnis heraus werden auch die unten näher erörterten, einzelnen Positionen der Kommission im NON-PAPER Guidelines verständlich, auf die daher im Folgenden näher eingegangen wird.

(26)
This erroneous basic understanding also explains the individual positions of the individual positions of the Commission in the NON-PAPER Guidelines, which will therefore be discussed in more detail below.

C. Gebietet das Beihilfenrecht den Primat des Wettbewerbs?

(27)
Grundsätzlich trifft es zu, dass beihilfenrechtliche Zielsetzungen auch durch das Werkzeug des Wettbewerbs erreicht werden können. Bei Veräußerung von „Staatsvermögen“ ist es daher eine rechtskonforme Vorgangsweise, die Marktkonformität des Veräußerungspreises nicht durch ein unabhängiges Sachverständigengutachten feststellen zu lassen (was zulässig ist), sondern durch Abhaltung eines Wettbewerbs zwischen den am Erwerb dieses „öffentlichen Vermögenswertes“ interessierten Unternehmen.

C. Does state aid law demand the primacy of competition?

(27)
In principle, it is true that objectives under state aid law can also be achieved through the tool of competition. In the case of the sale of "state assets" it is therefore a legally compliant procedure not to have the market conformity of the sale price determined by an independent expert opinion (which is permissible), but by holding a competition between the companies interested in acquiring this "public asset".

(28)
Auf die Beschaffung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen umgelegt, ist diese Überlegung die beihilfenrechtliche Zielsetzung, eine Überkompensation zu vermeiden.

(28)
Applied to the procurement of passenger transport railway services, this consideration is the objective under state aid law to avoid overcompensation.

(29)
Dass diese Zielsetzung durch eine Beschaffung der Schienenpersonenverkehrsdienstleistung im Wettbewerb erreicht werden kann, ist zwar zutreffend.

(29)
It is true that this objective can be achieved through competitive procurement of passenger transport railway services.

Es ist allerdings nicht zutreffend, daraus zu folgern, dass primär der Wettbewerb als Werkzeug zur Erreichung dieser beihilfenrechtlichen Zielsetzung einzusetzen ist.

However, it is not correct to conclude that competition is primarily to be used as a tool to achieve this objective according to state aid law.

(30)
Denn die PSO regelt in ihrem Art 6 genau diesen Fall:

(30)
This is because the PSO regulates precisely this case in its Article 6:

Die Frage, wie die beihilfenrechtliche Zielsetzung der Vermeidung einer Überkompensation zu erreichen ist, wenn das Werkzeug des Wettbewerbs nicht eingesetzt wird.

The question of how the objective under state aid law of avoiding overcompensation can be achieved if the tool of competition is not used.

(31)
Dementsprechend sieht Art 6 hinsichtlich der Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (verkürzt gesagt) in den Fällen, in denen nicht ohnehin nach Art 5 Abs 1, Abs 3 oder Abs 3b vergeben wurde, sohin in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben wurde, die Anwendung der Bestimmungen des Anhanges für die Berechnung der Ausgleichsleistung vor.

(31)
Accordingly, Article 6 provides for the application of the provisions laid down in the Annex for the calculation of the compensation with regard to the compensation for public service obligations (in short) in those cases in which the award was not made in accordance with Article 5(1), (3) or (3b) anyway, i.e. in a competitive procedure.

(32)
Im genannten Anhang „Regeln für die Gewährung einer Ausgleichsleistung in den in Art 6 Abs 1 genannten Fällen“ ist entsprechend geregelt, wie bei Bemessung der Ausgleichsleistung vorzugehen ist, um eine Überkompensation zu verhindern.

(32)
The aforementioned Annex "Rules applicable to compensation in the cases referred to in Article 6(1)" regulates accordingly how compensation is to be assessed in order to prevent overcompensation.

(33)
Die PSO sieht daher selbst Regelungen vor, wie das beihilfenrechtliche Ziel der Überkompensation vermieden werden muss, wenn das Werkzeug des Wettbewerbs nicht eingesetzt werden kann.

(33)
Therefore, the PSO itself provides rules on how the state aid objective of overcompensation must be avoided if the tool of competition cannot be used.

Eine „Nachrangigkeit" dieses im Anhang zur PSO formulierten Instrumentariums zur Erreichung des beihilfenrechtlichen Ziels der Vermeidung einer Überkompensation lässt sich durch nichts begründen.

(34)
Vielmehr ist davon auszugehen, dass die PSO jene Vorgangsweisen, die sie – ausweislich Art 6[13] – ohne jegliche Rangordnung nebeneinander stellt, auch nicht als „vorrangig“ oder „nachrangig“ zueinander, sondern als gleichrangig behandelt. Die nachträgliche Einführung einer Rangordnung im Wege der Interpretation ist daher unzulässig, weil weder durch den Text der Norm noch durch den klaren Willen des Verordnungsgebers gedeckt.

There is no justification for the "subordination" of this set of instruments formulated in the annex to the PSO to achieve the objective of avoiding overcompensation according to state aid law.

(34)
Rather, it is to be assumed that the PSO does not treat those procedures, which - according to Article 6[13] - are placed next to each other without any ranking, as "prior" or "subordinate" to each other, but as having the same rank. The subsequent introduction of a hierarchy by way of interpretation is therefore inadmissible, because it is neither covered by the text of the norm nor by the clear intention of the legislator of the regulation.

D. Umsetzung der Trennung von Vergaberegime und Beschaffung von Dienstleistungen des Schienenpersonenverkehrs im BVergG 2018

(35)
Diesem Grundsatz der PSO, dass die Vergabe bestimmter Personenverkehrsdienstleistungen dem Vergaberegime unterstellt werden kann, während die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen außerhalb des Vergaberegimes bleibt, wird durch zwei Einschränkungen durchbrochen.

(36)
Das ist einerseits der Vorbehalt in Artikel 5 Abs 4a: „Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“.

D. Implementation of the separation of procurement regime and procurement of passenger transport railway services in the BVergG 2018

(35)
This principle of the PSO, that the procurement of certain passenger transport services can be subject to the procurement regime, while the procurement of passenger transport railway services remains outside the procurement regime, is broken by two restrictions.

(36)
On the one hand, this is the reservation in Article 5 (4a): "Unless prohibited by national law".

---

[13] Genauer gesagt: In Art 6 regelt die PSO die Anwendung des Anhangs für die Berechnung der gewährten Ausgleichsleistung als Regelfall, es sei denn (also formuliert als Ausnahme), dass die Eisenbahnverkehrsdienstleistung wettbewerblich vergeben wurde.

[13] To be more precise: In Art 6, the PSO regulates the application of the Annex for the calculation of the compensation granted as a rule, unless (i.e. formulated as an exception) the transport service by rail was awarded competitively.

Diesen Vorbehalt hat der österreichische Gesetzgeber nie (weder im BVergG 2006 noch im BVergG 2018) erhoben.

The Austrian legislator has never made this reservation (neither in the BVergG 2006 nor in the BVergG 2018).

Im Gegenteil:

On the contrary:

In § 151 Abs 2 BVergG 2018 ist ausdrücklich festgelegt:

§ 151(2) BVergG 2018 expressly states:

„Die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt; bei Durchführung eines Verfahrens gemäß den genannten Bestimmungen sind ausschließlich die §§ 1, 2, 61 Abs 1, der vierte Teil sowie die §§ 358 und 366 dieses Bundesgesetzes anwendbar“

"Die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt; bei Durchführung eines Verfahrens gemäß den genannten Bestimmungen sind ausschließlich die §§ 1, 2, 61 Abs 1, der vierte Teil sowie die §§ 358 und 366 dieses Bundesgesetzes anwendbar."

(37)
Der „Einbezug“ der hier gegenständlichen Direktvergabe in das BVergG 2018 erfolgt daher nur hinsichtlich des im vierten Teil geregelten Rechtsschutzes. Dies gemäß dem Gebot der PSO (Artikel 5 Absatz 7), dass der nationale Gesetzgeber effektiven Rechtsschutz zu gewähren hat.

(37)
The "inclusion" of the direct award in question here, in the BVergG 2018, only takes effect with regard to the legal protection regulated in Part Four. This is in accordance with the requirement of the PSO (Article 5(7)) that the national legislator must provide effective legal protection.

(38)
Damit folgt auch der österreichische Gesetzgeber der Position, dass die hier gegenständliche Direktvergabe nach Artikel 5 Abs 4a durch das Vergaberegime „unberührt“ bleibt, sohin außerhalb des Vergaberegimes steht.

(38)
Thus, the Austrian legislator also follows the position that the direct award under Article 5(4a) remains "unaffected" by the procurement regime and thus stands outside the procurement regime.

(39)
Die zweite Durchbrechung des vorgenannten Trennungsprinzips ist jener Fall, in dem die zuständige Behörde die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen in einem Vergabeverfahren durchführt – sei es aufgrund eigener Entscheidung oder deshalb, weil eine Möglichkeit zur Direktvergabe nach der PSO nicht zur Verfügung steht.

(39)
The second breach of the aforementioned principle of segregation is the case in which the competent authority carries out the procurement of passenger transport railway services in a competitive award procedure - either on the basis of its own decision or because a direct award option is not available under the PSO.

Auch diesen Fall berücksichtigt das BVergG 2018. Denn in § 151 Abs 2 BVergG 2018

The BVergG 2018 also takes this case into account, as § 151(2) BVergG 2018 lists the

werden jene Bestimmungen genannt, die auf solche Fälle der Vergabe von Personenverkehrsdiensten auf der Schiene Anwendung finden.

provisions that apply to such cases of procurement of passenger transport services by rail.

(40)
Im Zusammenhang mit dieser Aufzählung in § 151 Abs 2 BVergG 2018 ist auch § 151 Abs 4 zu verstehen. Denn dort ist festgelegt, dass „im Oberschwellenbereich“ (unter anderem) Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmen zu vergeben sind.

(40)
§ 151(4) must also be understood in connection with this list in § 151(2) BVergG 2018. This is because it stipulates that "above the threshold" (among other things) service contracts for public passenger transport services on the railways are to be awarded in a procedure with prior information notice with several companies.

Durch diesen Verweis auf die Oberschwellenregelung des § 12 BVergG 2018, der – wiederum ausweislich des § 151 Abs 2 BVergG 2018 – eben nur in den Fällen eingreift, in denen die durch das BVergG 2018 „unberührt“ gelassene Möglichkeit der Direktvergabe nicht besteht (oder nicht gewählt wird) ist wiederum klargestellt, dass sich diese Regelung gerade nicht auf die hier gegenständliche Möglichkeit der Direktvergabe nach Artikel 5 Abs 4a PSO bezieht.

This reference to the provision applicable above the threshold, i.e. § 12 BVergG 2018, which - again according to § 151 (2) BVergG 2018 - only applies in cases in which the direct award option left "unaffected" by the BVergG 2018 does not exist (or is not chosen), makes it clear that this provision does not refer to the direct award option under Article 5 (4a) PSO.

(41)
Das sehen auch die EB zur RV so, wenn sie ausführen:

(41)
The explanatory remarks on the government bill also see it that way when they state:

„Zu betonen ist in diesem Zusammenhang nochmals, dass bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per U-Bahn die Anwendbarkeit der unmittelbaren Vergabemöglichkeiten gemäß Art 5 der PSO-VO uneingeschränkt möglich ist (siehe oben die Ausführungen zu Abs 2 2. Satz) und Abs 4 bei derartigen Vergaben keine Anwendung findet.“

“Zu betonen ist in diesem Zusammenhang nochmals, dass bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per U-Bahn die Anwendbarkeit der unmittelbaren Vergabemöglichkeiten gemäß Art 5 der PSO-VO uneingeschränkt möglich ist (siehe oben die Ausführungen zu Abs 2 2. Satz) und Abs 4 bei derartigen Vergaben keine Anwendung findet."

(42)
Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten:

(42)
As an interim result, therefore, it should be noted:

Auch der österreichische Gesetzgeber des BVergG 2018 folgt dem hier vertretenen Prinzip der strikten Trennung der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen, die dem Vergaberegime unterstellt werden und den Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, auf die das nicht zutrifft, die daher außerhalb des Vergaberegimes stehen.

Sohin ist auf Basis der PSO zunächst von der zuständigen Behörde die Entscheidung zu treffen, ob die zu beschaffende Leistung überhaupt dem Vergaberegime zu unterstellen ist oder außerhalb des Vergaberegimes bleibt. Nur im ersteren Fall gelangt diese Beschaffung in den Anwendungsbereich des Vergaberegimes, sodass auch nur in diesem erstgenannten Fall die Grundprinzipien des Vergaberechts (hier: Vorrang der wettbewerblichen Vergabe als Grundsatz vor der Direktvergabe als Ausnahme) Anwendung finden.

The Austrian legislator of the BVergG 2018 also follows the principle advocated here of the strict separation of procurement of transport services, which are subject to the procurement regime, and passenger transport railway services, to which this does not apply and which are therefore outside the procurement regime.

Thus, on the basis of the PSO, the competent authority must first decide whether the service to be procured is to be subject to the procurement regime at all or remains outside the procurement regime. Only in the first case does this procurement fall within the scope of application of the procurement regime, so that the basic principles of procurement law (here: Priority of competitive tendering as a principle over direct award as an exception) only apply in this first case.

III. Ausführungen der Kommission im Einzelnen

(43)
Dem ersten Absatz des Punktes 2.4.6. des NON-PAPER Guidelines mit seiner vorstehend ausführlich widerlegten Prämisse der Kommission folgt (im nächsten Absatz) eine zusammengefasste Wiedergabe der ersten Bedingung für eine Direktvergabe. Diese Wiedergabe entspricht im Wesentlichen Artikel 5 Abs 4a lit a.

Zu ergänzen ist gegenüber dieser (zusammengefassten) Wiedergabe durch die Kommission, dass diese Bedingung nach dem Text des Artikel 5 Abs 4a lit a mit „ihres Erachtens“ beginnt. Die dann, an dieser Stelle nachfolgend, genannten Anforderungen sind sohin nach dem klaren Wortlaut der PSO Anforderungen, deren Beurteilung in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt wird.

III. The Commission's comments in detail

(43)
The first paragraph of point 2.4.6. of the NON-PAPER Guidelines with its premise of the Commission, which has been refuted in detail above, is followed (in the next paragraph) by a summary of the first condition for a direct award. This rendition essentially corresponds to Article 5(4a) lit a.

It should be added to this (summarised) rendering by the Commission that, according to the text of Article 5(4a) lit a, this condition begins with "where it considers". According to the clear wording of the PSO, the requirements mentioned below are requirements whose assessment is left to the discretion of the competent authority.

Wie jede Entscheidung, die behördlichem Ermessen unterliegt, ist dieses Ermessen selbstverständlich pflichtgemäß und daher sachgerecht auszuüben. Die Grenze der Ermessensausübung zieht sohin das Willkürverbot, nicht jedoch – wie es die Kommission in einzelnen ihrer Interpretationen zu unterstellen scheint – die Entscheidung eines von der zuständigen Behörde unabhängigen Dritten, die damit im Ergebnis den Ermessensspielraum der Behörde vorgibt, wenn nicht sogar gänzlich beseitigt (dazu nochmals gleich unten).

Like every decision that is subject to official discretion, this discretion must of course be exercised dutifully and therefore appropriately. The limit of the exercise of discretion is thus drawn by the prohibition of arbitrariness, but not - as the Commission seems to assume in some of its interpretations - the decision of a third party that is independent of the competent authority, which in the end determines the discretionary power of the authority, if not completely eliminates it (more on this below).

(44)
Zutreffend weist die Kommission im nächsten Absatz darauf hin, dass die in Artikel 5 Abs 4a lit a angegebenen Merkmale, welche eine Direktvergabe rechtfertigen, nicht erschöpfend (taxativ) aufgezählt sind. Vielmehr steht es der zuständigen Behörde frei, auch andere sachverhaltsbezogene Kriterien heranzuziehen, welche der Begründung der Direktvergabe dienen.

(44)
The Commission rightly points out in the next paragraph that the characteristics listed in Article 5(4a) lit a, which justify a direct award, are not listed exhaustively. Rather, the competent authority is free to use other factual criteria to justify the direct award.

(45)
Zur Vermeidung von Missverständnissen ist zum nächsten Satz in diesem dritten Absatz klarzustellen:

Wenn hier die Kommission von der „conclusion of **a** competent authority“ spricht, dann kann das nur die Schlussfolgerung „**der** zuständigen Behörde“, also – in der bisherigen Diktion der PSO – die „conclusion of **the** competent authority“ sein.

Denn der Vorschlag, die Entscheidung der zuständigen Behörde der Überprüfung durch eine von der zuständigen Behörde unabhängige, kompetente dritte Stelle zu unterstellen, der in der Diskussion des Vierten Eisenbahnpakets[14] und damit in der Erlassung der Änderungsverordnung ausführlich diskutiert und bereits ausformuliert „am Tisch lag“, wurde in der

(45)
To avoid misunderstandings, regarding the next sentence in this third paragraph it must be clarified as follows:

When the Commission speaks of the "conclusion of **a** competent authority", then this can only be the conclusion of "**the** competent authority", i.e. - in the previous diction of the PSO - the "conclusion of **the** competent authority".

This is because the proposal to make the decision of the competent authority subject to review by a competent third body independent of the competent authority, which was discussed in detail in the discussion of the Fourth Railway Package[14] and thus in the enactment of Regulation (EU) 2016/2338 and was already "on the table" in a formulated form,

---

[14] 12243/15 vom 01.10.2015.

[14] 12243/15 dated 01/10/2015.

Folge gerade nicht in den Text der Änderungs-VO übernommen.

Es ist daher klarzustellen, dass die im Entstehungsprozess der Änderungsverordnung bereits ausformuliert vorliegende Einschaltung einer zusätzlichen, neutralen Stelle zur Beurteilung der Entscheidung der zuständigen Behörde nicht PSO-konform sein kann, weil eben dieser Vorschlag im „Gesetzgebungsvorgang“ abgelehnt worden war.

So gab es in der Entstehung der Änderungs-VO den Vorschlag, als Entscheidungsvoraussetzung der zuständigen Behörde für diese Direktvergabe die (positive) Bewertung dieser Entscheidung durch einen unabhängigen Dritten festzulegen.

Wie nicht nur dem Text der Änderungsverordnung zu entnehmen, sondern auch in verschiedenen Ratsdokumenten[15] ausdrücklich festgehalten, fand dieser Vorschlag der Beschränkung der Möglichkeit der Direktvergabe letztlich keine Zustimmung.

So etwa ausdrücklich im letztzitierten Ratsdokument unter:

a) PSO Regulation

[...]

2. Assessment by an independent body (line 145)

The initial request made by the European Parliament was to

was subsequently not adopted in the text of Regulation (EU) 2016/2338.

It must therefore be made clear that the involvement of an additional, neutral body to assess the decision of the competent authority, which had already been formulated in the drafting process of Regulation (EU) 2016/2338, cannot be PSO-compliant because this proposal was rejected in the "legislative process".

Thus, in the development of Regulation (EU) 2016/2338, there was a proposal to establish the (positive) evaluation of this decision by an independent third party as a decision-making requirement of the competent authority for this direct award.

As can be seen not only from the text of Regulation (EU) 2016/2338, but also explicitly stated in various documents of the Council[15], this proposal to restrict the possibility of direct award was ultimately not approved.

This is explicitly stated in the last cited document of the Council under:

a) PSO Regulation

[...]

2. Assessment by an independent body (line 145)

The initial request made by the European

---

[15] Vgl 6849/16 vom 11.04.2016.

[15] Cf. 6849/16 of 11/04/2016.

foresee the validation by the regulatory body of the substantiated decision taken by the competent authorities to award a public service contract directly under the performance-based exemption.

The Presidency text proposal does not go that far.

Parliament was to foresee the validation by the regulatory body of the substantiated decision taken by the competent authorities to award a public service contract directly under the performance-based exemption.

The Presidency text proposal does not go that far.

(46)
Missverständlich mag auch die Formulierung verstanden werden, dass die Entscheidung der zuständigen Behörde auf „objective grounds“ beruhen müsse.

(46)
The formulation that the decision of the competent authority must be based on "objective grounds" may also be misunderstood.

Zwar scheint es eine Selbstverständlichkeit, dass eine Entscheidung nicht irrational, sohin unsachlich und damit willkürlich getroffen werden darf. Ausweislich des Wortlauts des Artikel 5 Abs 4a lit a „ihres Erachtens“ ist jedoch klarzustellen, dass hier der Verordnungsgeber ausdrücklich eine Ermessenskompetenz der zuständigen Behörde vorsieht, also gerade keinen „objektiven Maßstab“ für die Entscheidung der Behörde festlegt, sondern festlegt, dass die Bindung der Ermessensentscheidung an allgemeine Grundsätze (Willkürverbot etc.) genügt.

It seems self-evident that a decision may not be made irrationally, i.e. unobjectively and thus arbitrarily. However, in view of the wording of Article 5 (4a) lit a "where it considers", it must be clarified that the legislator of the regulation explicitly provides for a discretionary competence of the competent authority, i.e. does not specify an "objective standard" for the decision of the authority, but specifies that the binding of the discretionary decision to general principles (prohibition of arbitrariness, etc.) is sufficient.

(47)
Zutreffend schildert die Kommission im nächsten Satz den Grundsatz, dass derjenige, der sich auf die „derogation“ einer Vorschrift beruft, das Vorliegen dieser Ausnahme beweisen muss.

(47)
In the next sentence, the Commission correctly describes the principle that the person who invokes the "derogation" of a provision must prove the existence of this exception.

Dieses an sich richtige Zitat eines zutreffenden Grundsatzes führt jedoch im vorliegenden Fall in die Irre. Denn das NON-PAPER Guidelines übersieht, dass eben dieses Verhältnis von Grundregel der wettbewerblichen Vergabe zur Ausnahme der Möglichkeit der Direktvergabe hier – wie oben gezeigt – gerade nicht vorliegt.

However, this quotation of an applicable principle, which is correct in itself, is misleading in the present case. The NON-PAPER Guidelines overlook the fact that this relationship between the basic rule of competitive tendering and the exception of the possibility of a direct award does not exist here - as shown above.

Die von der Kommission zitierte Grundregel der vollen Beweislast (burden of proofing) dafür, dass der Ausnahmetatbestand gegenüber dem Grundtatbestand erfüllt ist, trifft daher auf den vorliegenden Fall der Direktvergabe gerade nicht zu, weil die Prämisse des Verhältnisses von Grundtatbestand zu Ausnahmeregelung nicht vorliegt.

The basic rule of the full burden of proof cited by the Commission that the exception is fulfilled in comparison to the basic facts therefore does not apply to the present case of the direct award, because the premise of the relationship between the basic facts and the exemption is not present.

Es bleibt daher bei der – wie auch sonst bei jeder Subsumtion eines Sachverhalts unter einen Tatbestand gebotenen – Anforderung, den Nachweis zu führen, dass der konkrete Sachverhalt durch den Tatbestand gedeckt wird.

Therefore, the requirement remains - as is otherwise required for every subsumption of facts under a factual element - to prove that the specific fact is covered by the factual element.

Unter diesem Aspekt der schlichten Nachweisführung konkreter Subsumtion wird daher auch zu beurteilen sein, **was** – im Sinne des nächsten Satzes in den Ausführungen der Kommission – „sufficient“ hinsichtlich dieser Beweisführung ist. Es genügt die allgemeine Darlegung der Deckung des Sachverhalts im Tatbestand, ohne dass die im Verhältnis des Beweises des Vorliegens einer Ausnahme gegenüber einer Grundregel geforderten, erhöhten Anforderungen erfüllt sein müssen.

Under this aspect of simply proving concrete subsumption, it will therefore also have to be assessed **what** - in the sense of the next sentence in the Commission's explanations - is "sufficient" with regard to this proof. A general statement of the coverage of the facts of the case is sufficient, without having to meet the heightened requirements required in relation to the proof of the existence of an exception to a basic rule.

(48)
Im Folgeabsatz geht die Kommission darauf ein, dass ein Vergleich zwischen dem Ergebnis der Direktvergabe und dem Ergebnis einer wettbewerblichen Vergabe zu ziehen sei. Dies mit der klaren Tendenz, dass nur dann, wenn durch die Direktvergabe das Ergebnis einer wettbewerblichen Vergabe „übertroffen" würde, sohin die Direktvergabe besser tauglich sei, die Vorgaben an Qualität und Kosten zu erfüllen, die Direktvergabe zulässig sei.

(48)
In the following paragraph, the Commission states that a comparison should be made between the result of the direct award and the result of a competitive tendering. This with the clear tendency that only if the direct award "surpasses" the result of a competitive tendering, i.e. the direct award is more suitable to fulfil the quality and cost requirements, the direct award is admissible.

(49)
So etwa ausdrücklich im Schlusssatz jenes Absatzes:

(49)
For example, explicitly in the final sentence of that paragraph:

„… in that it **better meets** the quality and

"... in that it **better meets** the quality and cost

cost objectives which the Regulation presumes to be achieved more effectively, in principle, by competitive tendering."

objectives which the Regulation presumes to be achieved more effectively, in principle, by competitive tendering."

(50)
Diese Vorgabe, dass die Direktvergabe der wettbewerblichen Vergabe überlegen sein muss, damit sie eingesetzt werden darf, widerspricht der PSO. Sie ist Ausfluss des oben ausführlich dargelegten Missverständnisses der Kommission, dass die Direktvergabe nur eine ausnahmsweise zulässige Vorgangsweise gegenüber dem Prinzip des Wettbewerbs sei.

(50)
This requirement that the direct award must be superior to competitive tendering in order to be used is contrary to the PSO. It is the result of the Commission's misunderstanding, explained in detail above, that the direct award is only an exceptionally permissible procedure compared to the principle of competition.

(51)
Nach dem hier dargelegten, beihilfenrechtlichen Verständnis der PSO, das die Direktvergabe als vollständig gleichwertig neben die Möglichkeit der wettbewerblichen Vergabe stellt, kann die Forderung nach einer solchen „besseren Eignung“ der Direktvergabe nicht aufrechterhalten werden.

(51)
According to the understanding of the PSO set out here, according to state aid law, which places the direct award as fully equivalent to the possibility of competitive tendering, the requirement of such "better suitability" of the direct award cannot be upheld.

Vielmehr vermengt hier die Kommission die Anforderung des Artikel 5 Abs 4a lit b mit seiner lit a.

Rather, the Commission is mixing up the requirement of Article 5(4a) lit b with Article 5(4a) lit a.

Den in lit b tatsächlich geforderten Vergleich des zur Direktvergabe anstehenden Auftrags mit dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag unter dem Aspekt der Qualität der Dienste und der Kosteneffizienz weitet das NON-PAPER Guidelines aus auf einen Vergleich der Direktvergabe mit (jeglicher) Vergabe im Wettbewerb.

The NON-PAPER Guidelines extend the comparison of the contract actually required in lit b with the previously awarded public service contract under the aspect of quality of service and cost efficiency to a comparison of the direct award with (any) award through competitive tendering.

Das ist klar verordnungswidrig!

This is clearly contrary to the regulation!

Die von der Kommission hier geforderte Beurteilung, dass die Direktvergabe generell die Ziele der Qualität und der Kosten besser erreicht als dies (jegliche) Vergabe im Wettbewerb erzielen könnte, ist vom Verordnungstext gerade nicht gefordert.

The assessment required by the Commission here, that the direct award generally achieves the objectives of quality and cost better than (any) competitive tendering could achieve, is precisely not required by the text of the Regulation.

(52)
Nachvollziehbar wird diese verordnungswidrige Auslegung nicht aus der PSO, sondern wiederum aus der rechtsirrigen Prämisse, dass die Direktvergabe eine restriktiv zu beurteilende Ausnahme gegenüber dem Prinzip der wettbewerblichen Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen sei.

(52)
This interpretation contrary to the regulation can not be derived from the PSO, but again from the legally erroneous premise that the direct award is a restrictive exception to the principle of competitive tendering of passenger transport railway services.

Die Ausführungen der Kommission:

„direct award is „justified", as point (a) of Article 5(4a) first subparagraph puts it, in that it better meets the quality and cost objectives which the Regulation presumes to be achieved more effectively, in principle, by competitive tendering"

widersprechen sohin nicht nur dem Telos, sondern auch dem klaren Wortlaut der PSO.

The Commission's remarks:

"direct award is "justified", as point (a) of Article 5(4a) first subparagraph puts it, in that it better meets the quality and cost objectives which the Regulation presumes to be achieved more effectively, in principle, by competitive tendering"

thus contradict not only the telos but also the clear wording of the PSO.

(53)
Im nächsten Absatz schildert die Kommission durchaus zutreffend einzelne Sachverhaltselemente, welche für die Beurteilung der Erfüllung des Tatbestands des Artikel 5 Abs 4a lit a gefordert werden. Dazu ist nur klarzustellen, dass diese Aufzählung – wie dies die Kommission auch selbst betont – nicht taxativ zu sehen ist und daher kein Ansatz für eine restriktive Interpretation dieser Sachverhaltselemente gefunden werden kann.

(53)
In the next paragraph, the Commission quite rightly describes individual factual elements that are required for the assessment of the fulfilment of the facts of Article 5 (4a) lit a. It only needs to be clarified that this list - as the Commission itself also emphasises - is not to be seen as taxonomic and therefore no approach can be found for a restrictive interpretation of these factual elements.

(54)
Eine solche, der PSO widersprechende, restriktive Interpretation ist etwa zu befürchten, wenn die „geographical isolation" so verstanden wird, dass „no physical links to neighbouring networks" vorhanden sind – wie dies das hier, im NON-PAPER Guidelines genannte, Beispiel einer Insel nahelegt.

(54)
Such a restrictive interpretation, which contradicts the PSO, is to be feared if "geographical isolation" is understood to mean that there are "no physical links to neighbouring networks" - as suggested by the example of an island mentioned here in the NON-PAPER Guidelines.

Hier ist darauf hinzuweisen, dass im (deutschen) Verordnungstext nicht nur die

It should be noted that in the (german) text of the regulation not only "isolation" is deemed to be

„Abgeschnittenheit“ für ausreichend erachtet wird, sondern gleichwertig (siehe im deutschen Text: „bzw“) die „Abgeschiedenheit“ als geographisch relevantes Merkmal anführt.

sufficient, but equally (see in the german text: "bzw") mentions "remoteness" as a geographically relevant characteristic.

(55)
In der Folge geht die Kommission auf die Tatbestandselemente des Artikel 5 Abs 4a lit b ein.

(55)
In the following, the Commission discusses the elements of the case of Article 5(4a) lit b.

Unklar ist, was hier gemeint ist mit der Vorgabe, „the improvement of services should be meaningful“.

It is unclear what is meant by the requirement that "the improvement of services should be meaningful".

Der Verordnungstext fordert eine Verbesserung. Dass eine Maßnahme, die sinnlos ist, keine Verbesserung sein kann, weil sie keinen vorhandenen Ist-Zustand in einen besseren Ist-Zustand befördert, ist eine Selbstverständlichkeit. Wird sie – wie im vorliegenden Interpretationstext – gesondert eingefordert, dann ist vor der falschen Schlussfolgerung zu warnen, dass über den schlichten Nachweis der Verbesserung hinaus eine besondere „Zweckmäßigkeitsprüfung“ erforderlich sein sollte.

The text of the regulation calls for an improvement. It is self-evident that a measure that is pointless cannot be an improvement, because it does not promote an existing actual state into a better actual state. If it is demanded separately - as in the present interpretation text - then one must be warned against the false conclusion that a special "expediency test" should be required beyond the simple proof of improvement.

(56)
Im nächsten Absatz stellt die Kommission klar, wie bei Direktvergabe vorzugehen ist. Zutreffend ist die Feststellung der Kommission, dass die Informationsanforderungen nicht Bedingung für die wirksame Zuschlagserteilung beziehungsweise eine allfällige Zustimmung der Kommission seien.

(56)
In the next paragraph, the Commission clarifies how to proceed in the case of a direct award. The Commission is correct in stating that the information requirements are not a condition for the effective award of the contract or for any approval by the Commission.

(57)
In der Folge geht die Kommission auf den Sonderfall des maximalen jährlichen Verkehrsaufkommens von weniger als 23 Mio Zugkilometer ein – der in dieser Fragestellung keine Rolle spielt und daher ausgeklammert werden kann.

(57)
In the following, the Commission deals with the special case of a maximum annual traffic volume of less than 23 million train-kilometres - which does not play a role in this question and can therefore be excluded.

(58)
Näherer Betrachtung bedürfen die Ausführungen der Kommission an die von der zuständigen Behörde festzulegenden Leistungsanforderungen.

Dass diese Leistungsanforderungen „measurable, transparent, and verifiable“ sein müssen, entspricht dem Verordnungstext und ist daher nicht zu beanstanden.

Auch dass die Leistungsindikatoren regelmäßigen Bewertungen (periodic assessments) zugänglich sein müssen, entspricht dem Verordnungstext.

(59)
Im Widerspruch zum Verordnungstext steht es jedoch, wenn die Kommission ausführt, dass die Leistungsindikatoren („indicators“) einen Vergleich der Leistungserbringung unter dem abgeschlossenen Vertrag mit dem zuvor vergebenen Auftrag ermöglichen müssen.

Hier werden zwei unterschiedliche Beurteilungszeitpunkte ebenso vermengt wie zwei unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe. Dazu ist näher auszuführen:

Nach Artikel 5 Abs 4a lit b ist es eine der beiden Bedingungen für die Zulässigkeit der Direktvergabe, dass der direkt zu vergebende Auftrag zur Verbesserung der Qualität der Dienste **oder** der Kosteneffizienz oder beidem im Vergleich zu dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde.

(60)
Das ist eine Beurteilung, die im Wege einer Gesamtbeurteilung des Ist-Standes des zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit dem Soll-Stand der anstehenden Direktvergabe

(58)
The Commission's comments on the performance requirements to be set by the competent authority require further consideration.

The fact that these performance requirements must be "measurable, transparent, and verifiable" corresponds to the text of the regulation and is therefore not objectionable.

It is also in line with the text of the Regulation that the performance indicators must be accessible for periodic assessments.

(59)
However, it is contrary to the text of the Regulation when the Commission states that the performance indicators must allow for a comparison of the performance under the concluded contract with the previously awarded contract.

Here, two different assessment dates are mixed up as well as two different assessment standards. This needs to be explained in more detail:

According to Article 5(4a) lit b, one of the two conditions for the admissibility of the direct award is that the directly awarded contract would result in an improvement in quality of services **or** cost-efficiency, or both, compared to the previously awarded public service contract.

(60)
This is an assessment to be carried out by way of an overall evaluation of the current state of previously awarded public service contracts with the target state of the upcoming direct award.

durchzuführen ist.

(61)
Ist Ergebnis dieses Gesamtvergleichs, dass (auch nur) in **einem** der beiden genannten Kriterien, nämlich **entweder** in der Qualitätsverbesserung **oder** in der Kosteneffizienz der zur Direktvergabe anstehende Auftrag zu einer Verbesserung gegenüber dem zuvor vergebenen Auftrag „führen würde“ (womit eindeutig auf den Soll-Stand des neuen Vertrages abgestellt wird), dann ist diese Bedingung für die Vergabe erfüllt.

(61)
If the result of this overall comparison is that (even only) in **one of** the two criteria mentioned, namely **either** in the improvement in quality of services **or** in cost efficiency the contract to be awarded directly "would lead to" an improvement compared to the previously awarded contract (which clearly refers to the target status of the new contract), then this condition for procurement is fulfilled.

(62)
Erst dann kann die zuständige Behörde beschließen, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag direkt zu vergeben.

(62)
Only then can the competent authority decide to award a public service contract directly.

Trifft sie diese Entscheidung, dann verlangt der Verordnungstext, dass die Behörde „messbare, transparente und überprüfbare Leistungsanforderungen“ festzulegen hat.

If it makes this decision, the text of the regulation requires the authority to set "measurable, transparent and verifiable performance requirements".

(63)
Ausweislich des nächsten Absatzes, in dem der Verordnungstext Beispiele für solche Leistungsanforderungen nennt, beziehen sich diese Leistungsanforderungen **ausschließlich auf die Qualität** der Dienste, also nur auf eine der beiden Verbesserungen, die (alternativ) Bedingung der Zulässigkeit der Direktvergabe waren. Die Verordnung nennt hier Pünktlichkeit der Dienste, Frequenz des Zugbetriebs, Qualität des Rollmaterials und Personenbeförderungskapazität.

(63)
According to the next paragraph, in which the text of the regulation gives examples of such performance requirements, these performance requirements refer **exclusively to the quality of** services, i.e. only to one of the two improvements that were (alternatively) a condition for the admissibility of the direct award. The regulation mentions punctuality of services, frequency of train operations, quality of rolling stock and transport capacity for passengers.

(64)
Um zu bewerten, ob diese Leistungsanforderungen dann im Zuge der Vertragserfüllung auch tatsächlich erfüllt werden, muss die Behörde „spezifische Leistungsindikatoren“ festlegen. Die Einhaltung dieser Leistungsindikatoren ist regelmäßig zu überprüfen.

(64)
In order to assess whether these performance requirements are actually fulfilled in the course of contract performance, the authority must define "specific performance indicators". Compliance with these performance indicators must be checked regularly.

(65)
Hier, bei diesen Leistungsindikatoren und ihrer Überprüfung geht es sohin nur mehr um die Überprüfung des Ist-Standes des Vertrages, sohin der tatsächlichen Leistungserfüllung im Vergleich zur geschuldeten Leistungserfüllung.

(65)
Here, these performance indicators and their verification are only about the verification of the current stated contract, i.e. the actual performance compared to the owed performance.

Mit dem zuvor vergebenen Auftrag hat all dies nichts mehr zu tun. Genau diesen Bezug der Leistungsindikatoren zum zuvor vergebenen Auftrag stellt jedoch das NON-PAPER Guidelines her, wenn die Kommission ausführt:

All this has nothing to do with the previously awarded contract. However, it is precisely this connection of the performance indicators to the previously awarded contract that the NON-PAPER Guidelines establish when the Commission states:

„These indicators must be able to unambiguously reflect the improvement of service quality and/or cost-efficiency of the directly awarded contract in comparison to the previous one. Otherwise, the requirement that the contract must bring improvements in comparison to the previous one could not be effectively fulfilled and monitored“.

"These indicators must be able to unambiguously reflect the improvement of service quality and/or cost-efficiency of the directly awarded contract in comparison to the previous one. Otherwise, the requirement that the contract must bring improvements in comparison to the previous one could not be effectively fulfilled and monitored".

(66)
Diese von der Kommission unterstellte Verpflichtung der zuständigen Behörde, bei den Leistungsindikatoren die Vergleichsmöglichkeit zum zuvor abgeschlossenen Vertrag herzustellen, ist schon deshalb unzulässig, weil der Verordnungstext für die Bedingung der „Kosteneffizienz“ im Sinne des Artikel 5 Abs 4a lit b die zuständige Behörde weder verpflichtet, Leistungsanforderungen festzulegen noch verpflichtet, entsprechende Indikatoren zur Überprüfung der Einhaltung dieser Leistungsanforderungen einzuführen und laufend zu überwachen.

(66)
This obligation of the competent authority, as assumed by the Commission, to establish the possibility of comparison with the previously concluded contract for the performance indicators is already inadmissible because the text of the Regulation for the condition of "cost efficiency" within the meaning of Article 5 (4a) lit b neither obliges the competent authority to define performance requirements nor obliges it to introduce and continuously monitor corresponding indicators to verify compliance with these performance requirements.

(67)
Eine solche Verpflichtung wäre auch aus vertragsrechtlicher Sicht evident sinnlos. Ob die erwarteten Kostenvorteile in Ausführung eines Vertrages dann auch tatsächlich

(67)
Such an obligation would also be evidently pointless from the perspective of contract law. Whether the expected cost benefits actually occur in the execution of a contract is the typical

eintreten, ist das typische zivilrechtliche Risiko jedes entgeltlichen Vertrags, das auch die PSO der zuständigen Behörde nicht abnehmen kann.

risk under civil law of every contract against payment, from which even the PSO cannot relief the competent authority.

Dem entsprechend verlangt der Verordnungstext auch nur hinsichtlich der qualitativen Leistungsanforderungen (nicht hinsichtlich der Kostenvorteile), dass sie nicht nur festgelegt werden, sondern gibt für die Art solcher Leistungsanforderungen auch Beispiele und leitet daraus dann ab, dass diese vertragliche Vorgabe an das Leistungssoll dann auch durch entsprechende Indikatoren, die wiederum vertraglich festgelegt sein müssen, überprüfbar ist.

Accordingly, the text of the regulation only requires that qualitative performance requirements (not cost benefits) are not only specified, but also gives examples for the type of such performance requirements and then derives that this contractual specification of the performance target is also verifiable through corresponding indicators, which in turn must be contractually specified.

(68)
Auch in diesem qualitativen Bereich ist ein Vergleich mit dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag – wie dies das NON-PAPER Guidelines unterstellt – nicht nur von der PSO nicht gedeckt, sondern auch aus vertragsrechtlicher Sicht offensichtlich unsinnig.

(68)
In this qualitative area, too, a comparison with the previously awarded public service contract - as assumed by the NON-PAPER Guidelines - is not only not covered by the PSO, but also obviously nonsensical from a contract law perspective.

Geht es doch bei der laufenden Überprüfung der Einhaltung des Leistungs-Solls durch die genannten Indikatoren nur darum, ob der konkret abgeschlossene Vertrag qualitativ ordnungsgemäß erfüllt wird oder nicht. Wie diese qualitative Erfüllung „in comparison to the previous one“ aussieht, ist nicht nur aus der Sicht der PSO, sondern auch vertragsrechtlich notwendig irrelevant.

The ongoing review of compliance with the performance target by means of the above-mentioned indicators is only concerned with whether or not the specific contract concluded is being fulfilled in a qualitatively correct manner. What this qualitative fulfilment looks like "in comparison to the previous one" is not only irrelevant from the PSO's point of view, but also necessarily irrelevant from the point of view of contract law.

(69)
Konsequent zu Ende gedacht, würde diese Anforderung der Kommission, die „indicators“ so festzusetzen, dass sie einen permanenten Vergleich des direkt vergebenen und bei Einsatz der Indikatoren bereits laufenden Vertrages mit dem „previous one“ ermöglichen, zu zivilrechtlich unlösbaren Problemen führen.

(69)
If taken to its logical conclusion, the Commission's requirement to set the "indicators" in such a way that they allow a permanent comparison of the contract directly awarded and already running when the indicators are used with the "previous one" would lead to unsolvable problems under civil law.

Wenn sich etwa herausstellt, dass der

If, for example, it turns out that the contractor

Auftragnehmer seinen Vertrag in einem Leistungsbereich, der für die ursprüngliche Beurteilung der Verbesserung der Qualität durch den Direktauftrag zwar keine Rolle gespielt hat, dann aber im Vertrag sehr wohl für den Auftraggeber wesentlich wurde, vertragskonform erfüllt, aber in diesem Detailbereich deutlich schlechter leistet als der Auftragnehmer unter dem „previous one“ – was soll daraus die vertragsrechtliche Konsequenz sein?

fulfils its contract in accordance with the contract in an area of performance that did not play a role in the original assessment of the improvement in quality through the direct order, but then becomes very important for the contracting authorities in the contract, but in this detailed area performs significantly worse than the contractor under the "previous one" - what should be the consequence of this in terms of contract law?

Ein Rücktritt des öffentlichen Auftraggebers, weil sein Auftragnehmer in einem Detail unter dem Leistungsstandard eines zuvor abgeschlossenen Vertrages zurückbleibt – mag dies auch nur irgendwann im Laufe der zehnjährigen Vertragslaufzeit eintreten – wird schon aus vertragsrechtlicher Sicht nie wirksam vereinbart, geschweige denn umgesetzt werden können.

A withdrawal by the public contracting authority because its contractor falls short of the performance standard of a previously concluded contract in a detail - may this only occur at some point during the ten-year contract term - can never be effectively agreed, let alone implemented, from the perspective of contract law alone.

(70)
In diesem Punkt ist daher festzuhalten:

(70)
In this regard, it should be noted:

Richtig ist, dass die zuständige Behörde nach Feststellung, dass der direkt zu vergebende Auftrag entweder zu einer Verbesserung der Qualität der Dienste oder der Kosteneffizienz im Vergleich zu dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde, dann, wenn sie ihre Entscheidung zur Direktvergabe auf eine Verbesserung der Qualität der Dienste gestützt hat, dafür zu sorgen hat, dass die von ihr „messbar, transparent und überprüfbar“ festzulegenden Leistungsanforderungen diese Qualitätsprognose decken.

It is correct that the competent authority, after determining that the contract to be awarded directly would either lead to an improvement in the quality of services or cost efficiency compared to the previously awarded public service contract, must ensure, if it has based its decision to make a direct award on an improvement in the quality of services, that the performance requirements to be defined by it in a "measurable, transparent and verifiable" manner cover this quality prognosis.

Damit hat aber der Vergleich des konkreten, direkt vergebenen Dienstleistungsauftrags mit dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag sein Ende.

However, with this step the comparison of the concrete, directly awarded service contract with the previously awarded public service contract comes to its end.

Die nach Entscheidung für die Direktvergabe von der zuständigen Behörde auf Basis der im direkt vergebenen Auftrag festgelegten Leistungsanforderungen

The "specific performance indicators" to be defined by the competent authority after the decision for the direct award on the basis of the performance requirements defined in the directly

wiederum festzulegenden „spezifischen Leistungsindikatoren“ haben keinen Bezug zum vor der Direktvergabe vergebenen Dienstleistungsauftrag vorzusehen.

awarded contract do not have to refer to the service contracts awarded prior to the direct award.

(71)
Klarzustellen ist schließlich, dass keine „Verpflichtung“ des Auftraggebers besteht, den Vertrag vorzeitig zu beenden. Vielmehr räumt die PSO diese Möglichkeit der Aussetzung oder Kündigung des Vertrages der zuständigen Behörde ein, wenn der Betreiber die Leistungsanforderungen nicht erfüllt – sie gibt dies aber nicht zwingend vor.

(71)
Finally, it should be clarified that there is no "obligation" on the part of the contracting authority to terminate the contract prematurely. However, the PSO grants the competent authority the option of suspending or terminating the contract if the operator does not meet the performance requirements - but the PSO does not make this mandatory.

Letztlich bleibt daher auch diese Entscheidung in der Ermessenskompetenz der Behörde.

Ultimately, this decision also remains within the discretionary competence of the authority.

(72)
Zutreffend ist in den weiteren Ausführungen der Kommission, dass die zuständige Behörde „effective and deterrent measures“, sohin wirksame und abschreckende Maßnahmen, vorzusehen hat, die zu verhängen sind, wenn das Eisenbahnunternehmen die Leistungsanforderungen nicht erfüllt („in case the railway undertaking fails to meet the performance requirements“).

(72)
It is correct in the Commission's further comments that the competent authority must provide for "effective and deterrent measures" to be imposed "in case the railway undertaking fails to meet the performance requirements. "

Zutreffend ist daher auch die Schlussfolgerung, dass die zuständige Behörde nicht berechtigt ist, auf die Anwendung solcher Maßnahmen generell zu verzichten („is not entitled to waive the application of these measures“).

The conclusion that the competent authority is not entitled to waive the application of these measures is therefore also correct.

Klarzustellen ist dazu allerdings, dass Art und Umfang der Anwendung solcher Maßnahmen stets nach zivilrechtlichen Grundsätzen im Einzelfall zu beurteilen sind. Aus der PSO folgt keine Einschränkung des zivilrechtlichen Ermessensspielraums, welche Sanktionen für vertragswidriges Verhalten im konkreten Fall gerechtfertigt sind.

However, it must be clarified that the type and scope of the application of such measures must always be assessed on a case-by-case basis according to the principles of civil law. The PSO does not restrict the discretion under civil law as to which sanctions are justified for conduct in breach of contract in a specific case.

(73)
Zutreffend führt die Kommission wieder im folgenden Absatz aus, dass die zuständige Behörde dann, wenn der Betreiber die Leistungsanforderungen nicht erfüllt, den vergebenen Auftrag ganz oder teilweise aussetzen oder kündigen „**kann**“ („… the competent authority may at any time wholly or partially suspend or terminate the contract“).

(73)
The Commission rightly states in the following paragraph that "the competent authority **may** at any time wholly or partially suspend or terminate the contract", if the operator does not meet the performance requirements.

Auch hier gilt die Klarstellung, dass aus der PSO keine Einschränkung des zivilrechtlichen Ermessensspielraums, ob der Vertrag gekündigt oder ausgesetzt werden soll, abzuleiten ist. Die Möglichkeit dieser Vorgangsweise steht der zuständigen Behörde nach der PSO frei. Die Wahl dieses Mittels liegt im Entscheidungsspielraum pflichtgemäßen Ermessens der zuständigen Behörde.

Here, too, it must be clarified that no restriction of the discretion under civil law as to whether the contract should be terminated or suspended can be derived from the PSO. According to the PSO, the competent authority is free to take this course of action. The choice of this means is within the discretion of the competent authority.

(74)
Die zeitliche Beschränkung von nach Artikel 5 Abs 4a vergebenen Verträgen mit zehn beziehungsweise 15 Jahren ist korrekt wiedergegeben.

(74)
The time limit of 10 or 15 years for contracts awarded under Article 5(4a) is correctly stated.

In diesem Zusammenhang ist hinzuweisen:

In this context, it should be noted:

Anders als bei Verträgen, die nach Artikel 5 Abs 6 direkt vergeben werden, können solche, nach Artikel 5 Abs 4a vergebenen Verträge, bei denen die Maximaldauer der Leistungsfrist zehn Jahre beträgt, gemäß Artikel 4 Abs 4 um bis zu 50 Prozent verlängert werden. Dass diese Verlängerungsmöglichkeit bei Direktvergaben nach Artikel 5 Abs 6 nicht besteht, folgt aus den Übergangsbestimmungen der ÄnderungsVO.

In contrast to contracts which are awarded directly according to Article 5(6), contracts which are awarded according to Article 5(4a) and for which the maximum period of performance is ten years may be extended by up to 50 percent according to Article 4(4). The fact that this possibility of extension does not exist for direct awards according to Article 5(6) follows from the transitional provisions of the Amendment Regulation.

Dazu ist näher zu erläutern:

This needs to be explained in more detail:

Gemäß Art. 5 Abs. 6 hat ein nach dieser Regelung direkt vergebener Dienstleistungsauftrag im

According to Art. 5(6), a service contract directly awarded under this regulation in transport by rail has a maximum duration of ten years, "except

Eisenbahnverkehr abweichend von Art. 4 Abs. 3 eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, „soweit nicht Art. 4 Abs. 4 anzuwenden ist“.

where Article 4(4) applies", in derogation of Article 4(3).

Gleiches gilt bei Vergaben nach der neuen Bestimmung des Art. 5 Abs. 4a.

The same applies to procurement under the new provision of Article 5(4a).

Diese Verlängerungsmöglichkeit des Art. 4 Abs. 4 legt fest, dass „falls erforderlich“ die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags unter Berücksichtigung der Amortisierungsdauer der Wirtschaftsgüter um höchstens 50 % verlängert werden kann. Dies unter weiteren Voraussetzungen, wie insbesondere der Bereitstellung der für die Erbringung der Personenverkehrsdienste erforderlichen Wirtschaftsgüter durch den Betreiber. Diese Voraussetzung dürfte nach Einschätzung der Gutachter jedenfalls im österreichischen Personenverkehr mit Eisenbahnen relativ problemlos nachzuweisen sein.

This extension option in Article 4(4) stipulates that "if necessary" the term of the public service contract can be extended by a maximum of 50%, taking into account the amortisation period of the assets. This is subject to further preconditions, such as in particular the provision of the assets required for the provision of the passenger transport services by the operator. According to the assessment of the experts, this prerequisite should in any case be relatively easy to prove in Austrian passenger transport by rail.

Eben diese Ausnahme der Beschränkung der Laufzeit auf zehn Jahre durch Art. 4 Abs. 4 wird in der Übergangsregelung des Art. 8 in der Fassung der Änderungsverordnung nicht mehr angeführt.

It is precisely this exception of the limitation of the term to ten years by Article 4(4) that is no longer mentioned in the transitional provision of Art. 8 in the version of Regulation (EU) 2016/2338.

Dort ist (in Abs. 2) geregelt:

There it is regulated (in para. 2):

> *„Die Laufzeit von Verträgen, die gemäß Art. 5 Abs. 6 zwischen dem 03.12.2019 und dem 24.12.2023 vergeben werden, beträgt höchstens zehn Jahre“.*

> *"The duration of contracts awarded in accordance with Article 5(6) between 3 December 2019 and 24 December 2023 shall not exceed 10 years. "*

Tatsächlich lässt sich mit guten Gründen vertreten, dass gegenüber dem „allgemeinen Vergabefall“ des Art. 5 Abs. 6 der Vergabefall, dass eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 im Zeitraum zwischen dem 03.12.2019 und dem 24.12.2023 erfolgt, der „speziellere Fall“ ist, sodass die hier geregelte Befristungsbestimmung als „lex specialis“ der Art. 4 Abs. 4 für

In fact, it can be argued with good reasons that compared to the "general procurement case" of Article 5(6), the procurement case that a direct award according to Article 5(6) takes place in the period between 03.12.2019 and 24.12.2023 is the "more specific case", so that the time limit provision regulated here takes precedence as a "lex specialis" of the "general provision" of Article 5(6) declaring Article 4(4) applicable. Therefore,

anwendbar erklärenden „allgemeinen Bestimmung“ des Art. 5 Abs. 6 vorgeht. Daher meinen auch wir, dass bei Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen, die zwischen dem 03.12.2019 und dem 24.12.2023 erfolgen, dann, wenn dies auf Art. 5 Abs. 6 gestützt wird, die Verlängerung dieses Dienstleistungsauftrags nach Art. 4 Abs. 4 nicht möglich ist, während bei den nach Art. 5 Abs. 4a direkt vergebenen Eisenbahnverkehrsdienstleistungen diese Verlängerungsmöglichkeit besteht.

we also believe that in the case of direct award of transport services by rail, which take place between 03.12.2019 and 24.12.2023, if this is based on Article 5 (6), the extension of this service contract according to Article 4 (4) is not possible, whereas in the case of transport services by rail directly awarded according to Art. 5 (4a), this extension possibility exists.

(75)
Insgesamt ist daher zu den Ausführungen der Kommission in Punkt 2.4.6 des Non-Paper hinsichtlich der konkret, im Wege der Interpretation gezogenen Schlussfolgerungen auszuführen:

(75)
Overall, the Commission's comments in point 2.4.6 of the non-paper with regard to the concrete conclusions drawn by way of interpretation should be noted:

Die von der Kommission gezogenen Schlussfolgerungen sind in wesentlichen Bereichen überschießend und beschränken die Möglichkeit der Direktvergabe nach Artikel 5 Abs 4a in einer nicht der PSO entsprechenden Weise.

The conclusions drawn by the Commission are excessive in essential areas and restrict the possibility of direct award under Article 5(4a) in a way that does not comply with the PSO.

Das ist durchgängig darauf zurückzuführen, dass die Kommission von der rechtsirrigen Annahme ausgeht, dass bei Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen die Vergabe im Wettbewerb nicht gleichrangig neben der Direktvergabe steht, sondern vorrangig der Direktvergabemöglichkeit übergeordnet ist.

This is consistently due to the fact that the Commission proceeds from the legally erroneous assumption that in the case of passenger transport railway services, competitive tendering is not of equal rank to direct award, but takes precedence over the possibility of a direct award.

Die unter Punkt 2.4.6 des NON-PAPER Guidelines ausgeführten Standpunkte der Kommission sind daher nach unserer Meinung nicht mehr als zulässige Auslegung des Artikel 5 Abs 4a zu qualifizieren.

In our opinion, the positions of the Commission set out in point 2.4.6 of the NON-PAPER Guidelines can therefore no longer be qualified as a permissible interpretation of Article 5(4a).

Darüber hinaus schlägt sich diese Tendenz der Kommission, ausgehend von der rechtsirrigen, oben zitierten Prämisse auch insoweit in einer Reihe von Formulierungen

Furthermore, this tendency of the Commission, based on the legally erroneous premise cited above, is also reflected in a number of formulations which are at least questionable

nieder, die deshalb zumindest bedenklich sind, weil sie eine deutlich restriktivere Auslegung zu eröffnen scheinen, als dies nach der PSO geboten wäre, wenn (zutreffend) die Vergabemöglichkeit im Wege des Wettbewerbs gleichrangig gegenüber der Direktvergabe gesehen wird.

because they appear to open up a significantly more restrictive interpretation than would be required under the PSO, if (correctly) the possibility of awarding by way of competition is seen as being of equal rank to the direct award.

Wir empfehlen daher, in diesem Punkt 2.4.6 das NON-PAPER Guidelines grundlegend zu überdenken, da nach unserer Ansicht das zentrale Fehlverständnis einer Rangordnung zwischen wettbewerblicher Vergabe und Direktvergabe nicht bloß durch punktuelle, textliche Anpassungen beseitigt werden kann.

We therefore recommend to fundamentally rethink the NON-PAPER Guidelines in this point 2.4.6, since in our opinion the central misunderstanding of a hierarchy between competitive tendering and direct award cannot be eliminated merely by selective, textual adjustments.

Zusammenfassung

Das grundlegende Missverständnis in Punkt 2.4.6 des NON-PAPER Guidelines

Zentral für die Beurteilung des NON-PAPER Guidelines ist es, dass ihrem Punkt 2.4.6 ein grundlegendes Missverständnis zugrunde liegt:

Das ist das Missverständnis, dass die Direktvergabe nach Artikel 5 Abs 4a „eine Ausnahme vom Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sei, (und dass) diese Bestimmung restriktiv interpretiert werden sollte“.

Nach unserem Standpunkt beruht die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen in der PSO **nicht** auf dem Prinzip wettbewerblicher Vergabe. In der PSO existiert kein Grundsatz wettbewerblicher Vergabe, der nur in Einzelfällen, wie etwa einer ausnahmsweise zulässigen Direktvergabe, durchbrochen würde.

Dieses Missverständnis des NON-PAPER Guidelines widerspricht bereits im Grundsatz der PSO als beihilfenrechtliche

Summary

The fundamental misunderstanding in point 2.4.6 of the NON-PAPER Guidelines

Central to the assessment of the NON-PAPER Guidelines is that their point 2.4.6 is based on a fundamental misunderstanding:

This is the misunderstanding that direct award under Article 5(4a) is an “exception to the principle of the competitive tendering procedure for the award of public service contracts, (and that) this provision should be interpreted restrictively”.

In our view the procurement of passenger transport railway services in the PSO is **not** based on the principle of competitive tendering. In the PSO there is no principle of competitive tendering which is only broken in individual cases, such as an exceptionally permissible direct award.

This misunderstanding of the NON-PAPER Guidelines already contradicts the PSO in principle as a regulation under state aid law.

Regelung.

Die PSO behandelt die Methode der Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen im Wettbewerb als völlig gleichrangig neben der Direktvergabe.

The PSO treats the method of competitive tendering of passenger transport railway services as being pari passu (of parity character or equal) to direct award.

Dies folgt aus dem **doppelfunktionalen Regelungsinhalt** der PSO:

This results from the **dual-functional regulatory content** of the PSO:

Sie enthält Regeln zur Gewährleistung eines transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs zum Markt für Personenverkehrsdienstleistungen.

It contains rules to guarantee access to the market, which is transparent and without discrimination for passenger transport services.

Weiters stellt sie Personenverkehrsdienste sicher, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse gelegen sind und ohne Abgeltung der damit verbundenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen kommerziell nicht betrieben werden könnten, unter gleichzeitiger Vermeidung einer Verzerrung des Wettbewerbs durch „Überkompensation“.

Furthermore, it ensures passenger transport services in the general commercial interest, which could not be operated commercially without compensation for the associated public service obligations, while avoiding unjustified distortions of competition through "overcompensation".

Die PSO stellt sohin das **Vergaberegime in den Dienst** beihilferechtlicher **Überkompensationskontrolle**.

Thus the PSO puts the **procurement regime at the service** of the **control of overcompensation** under state aid law.

Daher ist der Begriff der **verordnungskonformen Ausgleichsleistung** Angelpunkt der Gewährleistung der Konformität mit dem Beihilfenregime des EG-Vertrags (resp AEUV) - „**Beihilfenkontrollfunktion**“.

Therefore, the concept of compensation in conformity with the regulation is the key to ensuring conformity with the state aid regime of the EEC Treaty (resp Treaty on the Functioning of the European Union TFEU) - "state aid control function".

Dabei erfolgt die Indienststellung des Vergaberechts für Zwecke der Beihilfenkontrolle in **unterschiedlichen Kategorien**.

However, procurement law is used in **different categories** for the purpose of controlling state aid.

Dies erfolgt durch Art 5 Abs 1 PSO.

This is done by Article 5(1) PSO.

Je nachdem, mit welchem Verkehrsmittel der zu vergebende Personenverkehr abgewickelt werden soll, ist unterschiedlich vorzugehen.

Depending on the means of transport the passenger traffic to be awarded is to be handled differently.

Dem entsprechend sieht Art 5 Abs 1 PSO

Thus Article 5(1) PSO provides for two

zwei Vergaberegime für nach Verkehrsträger unterschiedene Personenverkehre vor.

procurement regimes for passenger traffic differentiated according to mode of transports.

Öffentliche Dienstleistungsaufträge mit Bussen und Straßenbahnen werden nach den allgemeinen Vergaberichtlinien vergeben („Rückverweisung“ auf das Verfahren nach den VergabeRL). Dies insoweit, als es sich um Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den genannten VergabeRL handelt (dh im Wege eines entgeltlichen Vertrages, der nicht Konzessionsvertrag ist).

Public service contracts with bus or tram are awarded under the general procurement directives ("referral back" to the procedure under the procurement directives). This as far as they are service contracts, as they are defined in the said procurement directives (that is by way of a contract in return for payment which is not a concession agreement).

In diesem Fall sind die Bus- oder Straßenbahnverkehrsdienstleistungen nach den für Dienstleistungsaufträge geltenden Bestimmungen der beiden VergabeRL zu vergeben.

In this case, the bus or tram transport services are to be awarded according to the provisions of the two procurement directives applicable to service contracts.

Konsequent bestimmt Art 5 Abs 1 Satz 3 PSO, dass diesfalls Art 5 Abs 2 bis 6 PSO, also die Vorschriften eines anderen Vergabereglements, nicht anwendbar sind. Damit sind die Vergaberegeln der PSO gemeint.

Consequently, Article 5(1) sentence 3 PSO stipulates that in this case Article 5 (2) to (6) PSO, and therefore the provisions of other procurement rules, are not applicable. This refers to the procurement rules of the PSO.

Gemäß diesen PSO-Regelungen (Art 5) sind bei Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen Art 5, Abs 2 bis 6 PSO, anzuwenden.

According to these **PSO-rules** (Article 5) if transport services by **rail** are to be awarded, Article 5(2 to 6) PSO are to be applied.

Die Zuordnung der Bus- und Straßenbahnverkehrsdienstleistungen einerseits und der Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen andererseits hat ihren Grund in der auf den betreffenden Märkten ganz **unterschiedlichen Wettbewerbsintensität**. Deshalb setzt die PSO auf einen Wettbewerb **um den Markt**, der nach **anderen Regeln**, nämlich den spezielleren abschließenden Regelungen der PSO, abläuft.

The classification of bus or tram transport services on the one hand and passenger transport railway services on the other hand is due to the very **different intensity of competition on** the markets concerned. Thus the PSO relies on competition **for the market,** which runs according to **other rules**, namely the more specific regulations of the PSO.

Diese Regeln sind von der Erkenntnis getragen, dass Auftraggeber von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen

These rules are based on the realisation that contracting authorities of passenger transport railway services must guarantee sufficient

eine hinreichende Verkehrsversorgung auf unter Vertrag stehenden Märkten gewährleisten müssen, wofür neben dem wettbewerblichen Verfahren (Art 5 Abs 3 PSO) bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nach Wahl des Auftraggebers auch nicht wettbewerbliche Vergabeverfahren – gleichrangig – zur Verfügung stehen.

transport provision on markets that are still under contract, for which, in addition to the competitive procedure (Article 5(3) PSO), non-competitive award procedures are also available - on an equal footing - at the choice of the contracting authorities.

Das sind die „Sonderverfahren“ gemäß Art 5 Abs 2, 3a, 4a, 4b, 5 und 6.

These are the "special procedures" according to Article 5(2, 3a, 4a, 4b, 5 and 6).

Wählt der Auftraggeber bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen ein solches Sonderverfahren, kann die „Überkompensationskontrolle“ durch Wettbewerb nicht greifen. Neben den beihilferechtlichen Mindestanforderungen des Art 4 müssen solcherart vergebene öffentliche Dienstleistungsaufträge den **zusätzlichen Anforderungen** des Anhangs zur PSO entsprechen (Art 4 Abs 1, 2. UA, Art 6 Abs 1, Satz 2 PSO).

If the contracting authorities choose such a special procedure when the prerequisites are met, the "control of overcompensation" through competition cannot take effect. In addition to the minimum requirements of Article 4 under state aid law, public service contracts awarded in this way must comply with the **additional requirements** of the Annex to the PSO (Article 4(1), 2nd subparagraph, Article 6 (1), sentence 2 PSO).

Grundsätzlich trifft es zu, dass die beihilfenrechtliche Zielsetzung der Vermeidung einer Überkompensation auch durch das Werkzeug des Wettbewerbs erreicht werden kann.

In principle, it is true that the objective under state aid law to avoid overcompensation can also be achieved through the tool of competition.

Es ist allerdings nicht zutreffend, daraus zu folgern, dass primär der Wettbewerb als Werkzeug zur Erreichung dieser beihilfenrechtlichen Zielsetzung bei Beschaffung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen einzusetzen ist.

However, it is not correct to conclude that competition is primarily to be used as a tool to achieve this objective under state aid law for the award of passenger transport railway services.

Denn die PSO regelt in ihrem Art 6 genau diesen Fall:

This is because the PSO regulates precisely this case in its Article 6:

Das ist die Frage, wie die beihilfenrechtliche Zielsetzung der Vermeidung einer Überkompensation zu erreichen ist, wenn das Werkzeug des Wettbewerbs nicht eingesetzt wird.

This is how the objective under state aid law of avoiding overcompensation can be achieved if the tool of competition is not used.

Dementsprechend sieht Art 6 hinsichtlich

Accordingly, Article 6 provides for the application

der Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (verkürzt gesagt) in den Fällen, in denen **nicht** ohnehin nach Art 5 Abs 1, Abs 3 oder Abs 3b vergeben wurde, sohin in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben wurde, die Anwendung der Bestimmungen des Anhanges für die Berechnung der Ausgleichsleistung vor.

of the provisions of the Annex for the calculation of the compensation with regard to the compensation for public service obligations (in short) in those cases in which the award was **not made** in accordance with Article 5 (1), (3) or (3b), i.e. in a competitive procedure.

Dieser Anhang „Regeln für die Gewährung einer Ausgleichsleistung in den in Art 6 Abs 1 genannten Fällen“ legt fest, wie bei Bemessung der Ausgleichsleistung vorzugehen ist, um eine Überkompensation zu verhindern.

This Annex "Rules applicable to compensation in the cases referred to in Article 6(1)" regulates accordingly how compensation is to be assessed in order to prevent overcompensation.

Die PSO sieht daher selbst Regelungen vor, wie das beihilfenrechtliche Ziel der Überkompensation vermieden werden muss, wenn das Werkzeug des Wettbewerbs nicht eingesetzt werden kann.

Therefore the PSO itself provides rules on how the state aid objective of overcompensation must be avoided if the tool of competition cannot be used.

Eine „Nachrangigkeit" dieses im Anhang zur PSO formulierten Instrumentariums zur Erreichung des beihilfenrechtlichen Ziels der Vermeidung einer Überkompensation lässt sich durch nichts begründen.

There is no justification for the "subordination" of this set of instruments formulated in the Annex to the PSO to achieve the objective of avoiding overcompensation according to state aid law.

Hinzu kommt noch ein weiteres Argument, das für die Gleichrangigkeit der Sonderverfahren mit dem wettbewerblichen Verfahren spricht:

In addition, there is another argument in favour of the equal status of the special procedures with the competitive procedures:

Wenn man die Vergabe von Schienenpersonenverkehrs-dienstleistungen dem Vergaberegime als **Ausnahme** unterstellen wollte, die dennoch die Direktvergabe zulässt, dann wäre dies mit dem bekannten vergaberechtlichen Instrumentarium möglich gewesen. Denn auch im Vollanwendungsbereich des Vergaberegimes gibt es Regelungen der Direktvergabe – die allerdings dort dem Grundsatz des Prinzips des Wettbewerbs, das durch die Ausnahme der Direktvergabe durchbrochen wird, folgen.

If one wanted to subject the procurement of passenger transport railway services to the procurement regime as an **exception** that nevertheless allows direct award, then this would have been possible with the known instruments of public procurement law. For even in the fully applicable area of the procurement regime there are regulations on direct award - which, however, follow the principle of competition, which is broken by the exception of direct award.

Wenn die Kommission in ihrer Prämisse

If the Commission were right in its premise, i.e. if

recht hätte, also tatsächlich auch bei Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen der vergaberechtliche Grundsatz des Wettbewerbs gelten würde, der nur durch eine ausnahmsweise zulässige Direktvergabe durchbrochen wird, dann hätte es einer Herausnahme der Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen aus dem Vergaberegime gar nicht bedurft – wie dies die PSO ausdrücklich tut.

the principle of competition under public procurement law also applied to the procurement of passenger transport railway services, which is only broken by an exceptionally permissible direct award, then there would have been no need to exclude passenger transport railway services from the procurement regime – as the PSO explicitly does.

Damit steht als Zwischenergebnis fest:

To roundup these results:

Dass die Regelungen der PSO nicht „Vergaberecht“ sind, sondern die beihilfenrechtlichen Vorgaben des AEUV umsetzen, schlägt sich auch darin nieder, dass die PSO für einen Teil der von ihr erfassten Dienstleistungen (Busse, Straßenbahnen) eine (modifizierte) Anwendung des Vergaberegimes anordnet.

The fact that the regulations of the PSO are not "procurement law" but implement the provisions of the TFEU according to state aid law is also reflected in the fact that the PSO stipulates a (modified) application of the procurement regime for some of the services covered by it (buses, trams).

Hingegen wird die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten nicht dem Vergaberegime unterstellt, sondern gesondert geregelt.

In contrast, the procurement of passenger transport railway services is not subject to the procurement regime but is regulated separately.

Obwohl auch das Vergaberegime die Möglichkeit von „Direktvergaben“ vorsieht, hat der Verordnungsgeber daher für Schienenpersonenverkehrsdienste nicht den Weg gewählt, die in diesen Fällen zulässigen Fälle der Direktvergabe als Ausnahme von dem im Vergaberegime selbstverständlichen Prinzip des Wettbewerbs festzulegen.

Although the procurement regime also provides for the possibility of "direct awards", the legislator of the regulation has therefore not chosen the path of defining the cases of direct awards permitted in these cases as an exception to the principle of competition as this principle is self-evident in the procurement regime.

Der Verordnungsgeber hat vielmehr für Schienenpersonenverkehrsdienste ein eigenes Regime der Beschaffung in der PSO ausformuliert. Dieses orientiert sich gerade nicht an den Grundsätzen des „Public Procurement“, sondern an den Grundsätzen der „State Aid“, sohin des Beihilfenrechts.

Instead, the legislator of the regulation has formulated a separate procurement regime for passenger transport railway services in the PSO. This is not based on the principles of public procurement, but on the principles of state aid.

Daher sind vergaberechtliche Grundsätze für die Interpretation der Möglichkeit zur Direktvergabe untauglich. Aus vergaberechtlichen Grundsätzen abgeleitete Handlungsempfehlungen können daher nicht für diese, vom Verordnungsgeber ausdrücklich außerhalb des Vergaberegimes angesiedelten, Möglichkeiten der Direktvergabe gelten.

Therefore, principles of public procurement law are unsuitable for the interpretation of the possibility of direct award. Recommendations for action derived from public procurement law principles can therefore not apply to these direct award possibilities, which are expressly placed outside the procurement regime by the legislator of the regulation.

Die einzelnen Positionen im NON-PAPER Guidelines

Das oben erläuterte grundsätzliche Missverständnis der Kommission erklärt die einzelnen Positionen der Kommission im NON-PAPER Guidelines, auf die im Folgenden eingegangen wird:

Diese Fehlinterpretationen des Artikel 5 Abs 4a lassen sich in drei Gruppen gliedern:

Schlussfolgerungen des NON-PAPER Guidelines, die im offenen Widerspruch zur PSO stehen.

Neben der bereits genannten rechtsirrigen Prämisse des Verhältnisses zwischen Direktvergabe und wettbewerblicher Vergabe ist dies etwa die Interpretation der Kommission, dass die Direktvergabe nur dann zulässig sei, wenn sie unter dem Aspekt der Qualitäts- und Kostenziele („quality **and** cost objectives") diese Ziele **besser erreicht** als dies in einem wettbewerblichen Verfahren möglich wäre.

Ebenso die Annahme der Kommission, dass die nach Entscheidung der zuständigen Behörde für die Direktvergabe geforderte Festlegung von Leistungsanforderungen und die wiederum darauf aufbauende Festlegung von Leistungsindikatoren („indicators“), deren Einhaltung laufend überprüft werden muss, Verbesserungen im Vergleich zum davor abgeschlossenen Dienstleistungsauftrag belegen muss („must bring improvements in comparison to the

Individual positions in the NON-PAPER Guidelines

The above explained erroneous basic understanding of the Commission also explains the individual positions of the Commission in the NON-PAPER Guidelines, which are dealt with in the following:

These misinterpretations of Article 5(4a) can be divided into three groups:

Conclusions of the NON-PAPER Guidelines that openly contradict the PSO.

In addition to the already mentioned legally erroneous premise of the relationship between direct award and competitive tendering, this is, for example, the Commission's interpretation that the direct award is only permissible if it **achieves** the "objectives of quality **and** cost" **better** than an award in a competitive procedure.

The same applies to the Commission's assumption that the performance requirements required by the decision of the competent authority for the direct award and the performance indicators based thereon, must be continuously monitored under the aspect, if they achieve improvements in comparison to the previous service contracts ("must bring improvements in comparison to the previous one").

previous one“).

Die zweite Gruppe der Fehlinterpretationen umfasst Fälle, in denen die Schlussfolgerungen der Kommission klar überschießend gezogen werden.

The second group of misinterpretations covers cases where the Commission's conclusions are clearly excessive.

Hier setzt sich das NON-PAPER Guidelines zwar nicht in offenen Widerspruch zum Text der Verordnung. Er geht jedoch in seiner Auslegung weit über den in Artikel 5 Abs 4a festgelegten Telos der Norm hinaus.

Here, the NON-PAPER Guidelines do not openly contradict the text of the regulation. However, in its interpretation it goes far beyond the telos of the standard set out in Article 5(4a).

Beispiele sind die Anforderungen an den „Beweis“ jener Sachverhaltselemente, durch welche der Tatbestand der Direktvergabe nach Artikel 5 Abs 4a erfüllt wird. Weiters die Anforderungen an die „Verbesserung“ und ihren Beweis, welche durch den direkt vergebenen Auftrag erzielt werden.

Examples include the requirements for the "proof" of those factual elements by which the facts of the direct award according to Article 5(4a) are fulfilled. Furthermore, the requirements for the "improvement" and its proof, which are achieved by the directly awarded contract.

Die dritte Gruppe umfasst Interpretationen, die sich durchaus auch so verstehen lassen, dass sie Text und Telos der Verordnung entsprechen.

The third group includes interpretations that can be understood as corresponding to the text and telos of the regulation.

Im Kontext mit den übrigen Ausführungen des NON-PAPER Guidelines geben sie jedoch Anlass zur berechtigten Sorge, dass auch diese Interpretationen der Kommission, wenn sie tatsächlich in Leitlinien aufgenommen werden, überschießend interpretiert werden und damit zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Anwendbarkeit des Artikel 5 Abs 4a führen.

In the context of the other comments in the NON-PAPER Guidelines, however, they give rise to the justified concern that these interpretations of the Commission, if they are actually included in guidelines, will also be interpreted excessively and thus lead to a significant impairment of the applicability of Article 5(4a).

Beispiele sind die Ausführungen der Kommission darüber, ob auf die Entscheidung „of **a** competent authority“ oder auf die Entscheidungen „of **the** competent authority“ abzustellen seien.

Examples are the Commission's comments on whether the decision should be based on the decision "of **a** competent authority" or on the decisions "of **the** competent authority".

Weiters die Hervorhebung, dass die Entscheidung der zuständigen Behörde auf „objective grounds“ beruhen müsse, was zwar als Selbstverständlichkeit auf den ersten Blick durchaus richtig erscheint, im

Furthermore, the emphasis on the fact that the decision of the competent authority must be based on "objective grounds", which at first glance appears to be quite correct as a matter of course, but in the context of the implementation

Kontext der Ausführung des NON-PAPER Guidelines jedoch die Gefahr überschießender Anforderungen auslöst etc.

of the NON-PAPER Guidelines triggers the danger of excessive requirements, etc.

Insgesamt sind daher die Interpretationen des Artikel 5 Abs 4a unter Punkt 2.4.6 des NON-PAPERS sowohl im Grundsatz als auch im Detail abzulehnen.

All in all, the interpretations of Article 5(4a) under item 2.4.6 of the NON-PAPER are therefore to be rejected both in principle and in detail.

Sie widersprechen Text und Telos der PSO. Sie sind dort, wo der Widerspruch nicht bereits offensichtlich ist, zumindest kritikwürdig oder mit der Gefahr der Irreführung in ihrer Anwendung massiv behaftet.

They contradict the text and telos of the PSO. Where the contradiction is not already obvious, they are at least worthy of criticism or massively fraught with the danger of misleading in their application.

Wir kommen daher zum Schluss und zu der Empfehlung, dass dieses Kapitel in allfälligen Leitlinien zur Auslegung der PSO grundlegend neu auszuarbeiten wäre.

We therefore conclude and recommend that this chapter of the NON-PAPER Guidelines should be fundamentally reworked in any guidelines on the interpretation of the PSO.

Wien, am 28. Juni 2022

em. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Dr. Aicher Unternehmensforschung OG

Vienna, 28 June 2022

RA Prof. Dr. Rudolf Lessiak
Dr. Rudolf Lessiak Rechtsanwaltsgesellschaft mbH