



„Vergaberecht – Neuerungen 2016“

Referent:
RA Dr. Matthias Öhler
Schramm Öhler RAe





Themen

- Best- statt Billigstangebot
- neue Regeln für Subunternehmer
- Stärkung von Eigenleistungen
- Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping
- Herausforderung elektronische Auftragsvergabe



Rechtliche Grundlagen

- Neues EU-Richtlinienpaket ist bis 18.4.2016 (!) in nationales Recht umzusetzen
 - RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe
 - Konzessionsrichtlinie 2014/25/EU und
 - Sektorenrichtlinie 2014/23/EU
- Umsetzung in **neuem BVergG 2016** im Herbst 2016 (?)
- **„Kleine Novelle 2016“** – seit 1.3.2016 in Kraft



„kleine Novelle 2016“

- Stärkung des „Bestangebotsprinzips“
- Mehr Transparenz und Kontrolle iZm Subvergaben
- Klarstellungen iZm vertiefter Angebotsprüfung
- AVRAG-Abfrage (bei LSDB Kompetenzzentrum) analog zu Schwarzarbeiterabfrage nach AusIBG
- Neue Kleinlosregelung“ bei OSB-Vergaben
- Neue Regelung der freiwilligen ex-ante-Bekanntmachung



Bestangebotsprinzip
vs.
Billigstangebotsprinzip





Bestangebotsprinzip

- Ziele der kleinen Novelle
 - „faire und qualitätsvolle“ Vergabe
 - Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping



Billigstangebotsprinzip vs. Bestangebotsprinzip

- Grundregel ist (fast!) unverändert:
 - Auftrag kann nach „**Billigstangebotsprinzip**“ vergeben werden, sofern der **Qualitätsstandard der Leistung in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert** ist (und dies vergleichbare Angebote zur Folge hat)
- In allen anderen Fällen und „Jedenfalls“-Fällen gilt Bestangebotsprinzip



Bestangebotsprinzip

- Jedenfalls gilt Bestangebotsprinzip:
 - Zif 1: **geistige** Dienstleistung
 - Siehe Definition BVergG
 - Zif 2: wenn **Alternativangebote** zulässig sind
 - **Zif 3: wenn Leistungsbeschreibung im Wesentlichen funktional erfolgt**
 - Gemischte LV: nur dann, wenn Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet ist



Bestangebotsprinzip

- Jedenfalls gilt Bestangebotsprinzip:
 - Zif 4: Leistungen, bei denen eine **vorherige globale Preisgestaltung unmöglich** ist
 - Klass. Bereich: Verhandlungsverfahren
 - Zif 5 klass. Bereich: **Abweichung von geeigneten Leitlinien (zB. ÖNORMEN) und daher keine vergleichbaren Angebote zu erwarten**
 - Falls keine Normen bestehen: Keine Pflicht zum Bestangebotsprinzip
 - Entscheidend: verunmöglicht Abweichung Vergleichbarkeit der Angebote?



Bestangebotsprinzip

- Jedenfalls gilt Bestangebotsprinzip:
 - Zif 5 Sektoren: **besonders komplexer Auftrag**
 - AG kann objektiv techn., rechtl. oder finanz. Bedingungen nicht vorab festlegen
 - Zif 6: **vertragliche Spezifikationen für Dienstleistungen** können nicht vorab genau festgelegt werden
 - Klass. Bereich: Verhandlungsverfahren



Bestangebotsprinzip

- Jedenfalls gilt Bestangebotsprinzip:
 - Zif 7: Berücksichtigung von **Folgekosten**
 - Nur bei LCC-Schema in eigenem Zuschlagskriterium (nicht bei Pauschale)
 - **Zif 8: Bauauftrag mit min. EUR 1 mio**
 - Erfasst alle (Klein)Lose
 - Erfasst Gemischte Aufträge (mit Planung)
 - Zif 9: Bestimmte **Lebensmittel** (Fleisch, Butter, Gemüse, Obst)



Bestangebotsprinzip

- Regelung zum Bestangebotsprinzip gilt (fast) immer:
 - Klassischer Bereich: Im Ober- und Unterschwellenbereich
 - Sektoren: Im Ober- und Unterschwellenbereich
 - Nicht: Direktvergabe



Bestangebotsprinzip

- Keine Feigenblattkriterien:
 - Bestangebotskriterium muss mit hoher Wahrscheinlichkeit die **Bewertung der Angebote beeinflussen!**



Was heißt das für AG und Bieter?

- AG: Schwierigkeiten bei **Findung** sinnvoller und kostenadäquater Kriterien
 - v.a. bei hohem Mindest-Qualitätsstandard
 - Musterkriterienkataloge (LIG iZm WKK, Fairnesskatalog der WKS, RL Metallbaubetrieb, NABE, ...)
- Bieter: Vorbereitung auf **neue Zuschlagskriterien**?
 - „Vergabefremde Ziele“: z.B. Aufnahme von Lehrlingen, Frauen, DN > 50, Ökologische ZK, ...
 - Häufige ZK: Schlüsselpersonal (Ausbildung, Berufserfahrung, Referenzen), Gewährleistung, ...
 - Subjektive Kriterien (Konzepte, Hearing, ...)



Was heißt das für AG und Bieter?

- Erhöhtes **Anfechtungsrisiko**
 - v.a. bei subjektiven Kriterien
- Erhöhte **Kosten/Dauer?**
 - erhöhte Transaktionskosten / Dauer der Vergabeverfahren
 - erhöhte Angebotskosten?



Neue Regelungen für Subunternehmer





Definition des Subunternehmers

- Neue **Legaldefinition**:
 - „**Subunternehmer** ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.“



Definition des Subunternehmers

- **Erweiterter Begriff:**
 - Auch Werklieferverträge: „*wenn individuelle Leistung nach den Wünschen und Vorgaben des AG erbracht*“
 - Auch Sub-Subunternehmer (**Subunternehmerkette**)
 - Nicht umfasst sind:
 - Lieferung handelsüblicher Waren / Bestandteile, die zur Erbringung der Leistung erforderlich sind (Lieferung von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten), solange keine Montage
 - Hilfsunternehmen (Vermietung / Wartung von Geräten, die der AN zur Leistungserbringung benötigt)



Offenlegungspflicht des Bieters

- Bieter ist verpflichtet, **alle Subunternehmer im Angebot** bekannt zu geben
 - Betrifft eignungsrelevante und nicht eignungsrelevante SubU!
- AG darf Beschränkung dieser Offenlegungspflicht auf wesentliche Auftragsteile **nur bei sachlicher Rechtfertigung** vorsehen



Offenlegungspflicht des Bieters

- **Wann** sind die Subunternehmer zu nennen?
 - erst im Angebot
 - eignungsrelevante SubU jedoch wie bisher bereits im Teilnahmeantrag
- **Was** ist für jeden SubU vorzulegen?
 - Eignungsnachweise oder (vorerst) Eigenerklärung
 - Verfügbarkeitsbestätigung (bei eignungsrelevanten SubU)
 - Offenlegungserklärung



Prüfpflicht des Auftraggebers

- **Prüfpflicht des AG** für erforderliche und nicht erforderliche SubU:
 - Zuverlässigkeit
 - Wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit in Bezug auf den Sub-Leistungsteil
- **Folgen einer negativen SubU-Prüfung:**
 - Erforderliche SubU: Ausscheiden des Angebotes
 - Nicht erforderliche SubU: „Ausscheiden“ nur des SubU; Ersatz kann erst nach Zuschlagserteilung bekannt gegeben werden



Nachnominierung nach Zuschlagserteilung

Nach Zuschlagserteilung:

- AN hat **jeden neuen beabsichtigen Subunternehmer** vorab bekanntzugeben.
- Übermittlung aller **erforderlichen Unterlagen** zur Eignungsprüfung
- Einsatz eines neuen Subunternehmers **nur nach Zustimmung des AG** zulässig



Nachnominierung nach Zuschlagserteilung

- Unverzögliche Zustimmung/Ablehnung des AG: Ablehnung **nur aus sachlichen Gründen**:
 - Jedenfalls: wenn SubU nicht geeignet ist
 - Auch andere (objektiv) nachvollziehbare Gründe: EBRV: auch „minder schwere“ Verfehlungen, oder bei „berechtigten Anhaltspunkten“ für Annahme eines Scheinunternehmens
- **Zustimmungsfiktion** binnen **3 Wochen** nach Einlangen der vollständigen Unterlagen für die Eignungsprüfung!
- **Unvollständige Unterlagen**: Fortlaufhemmung erst ab Aufforderung des AG!



Nachnominierung nach Zuschlagserteilung

- Bekanntgabe neuer SubU erfolgt durch AN; dieser hat die Bekanntgabepflicht auf seine SubU (und diese wiederum auf die SubSubU) zu überbinden.
- Bereits dem Angebot sind **Offenlegungserklärungen** des Bieters und der SubU beizulegen (§§ 83/5, 108/1/2a; Muster siehe Anhang).
- Mögliche **Sanktionen** bei Nichteinhaltung der Offenlegungspflicht:
 - Vertragsstrafe
 - Vertragsauflösungsklausel?
 - uU Qualifizierung als schwere berufliche Verfehlung (§ 68/1/5)



Stärkung von Eigenleistungen





Pflicht zur Eigenleistung des AN

- AG kann in Ausschreibung vorgeben, dass
 - bei **Bau- oder Dienstleistungsaufträgen** sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten
 - **kritische Leistungen** (= die aus Sicht des AG besondere Fachkunde erfordern und bei denen die Qualität der Leistung durch die individuellen Eigenschaften des Leistungserbringers maßgeblich bedingt ist)
 - **vom AN selbst** oder einem mit ihm verbundenen (Konzern-) Unternehmen erbracht werden.



Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping





Begriff Lohn- und Sozialdumping

- Unterentlohnung eines Arbeitnehmers
- Verwaltungsstrafe
- Rechtsquelle: §§ 7d ff AVRAG



Begriff Sozialbetrug

- **Sozialbetrugsgesetz (SozBeG)**
 - Vorenthalten von DN-Beiträgen zur SV (§ 153c StGB);
 - Betrügerisches Vorenthalten von SV-Beiträgen und BUAG-Zuschlägen (§ 153d StGB);
 - Organisierte Schwarzarbeit (§ 153e StGB).
- **Sozialbetrugsbekämpfungsgesetz (SBBG)**
 - Sozialbetrug =
 - Tatbestände des SozBeG
 - Illegaler Bezug von Sozialleistungen



Einhaltung von Mindestentgeltvorschriften

- Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (LSD)
 - Ausscheiden von nicht kostendeckenden Angeboten (§ 129 Abs 1 Z 3 BVergG).
 - Ausschluss aus Vergabeverfahren wegen früherem LSD und damit fehlender Zuverlässigkeit (§ 129 Abs 1 Z 2 BVergG)



Österreichische Mindestentgeltvorschriften

- Mindestentgeltvorschriften
 - des tatsächlichen Einsatzortes sind entscheidend
 - zivilrechtlicher Erfüllungsort ist irrelevant
- Österreichischer Arbeitgeber
 - Zugehörigkeit zu KollV-Partei ist entscheidend (und iaR eine Rechtsfolge aus der Gewerbe-/Berufsberechtigung).
 - KollV ist zwingend



Österreichische Mindestentgeltvorschriften Entsendung nach Österreich

- **Arbeitsrecht**
 - Arbeitsvertrag unterliegt idR Recht des Herkunftsstaates.
 - Aber: Mindestlohnsätze des österr KollV sind anzuwenden (§ 7b AVRAG); Anknüpfungspunkt ist die Tätigkeit.
 - BUAG-Urlaubsrecht gilt auch bei Entsendungen.
 - Durchsetzungs-RL sieht einfache Informationsmöglichkeit im Internet vor: Entsendeplattform.
- **Sozialversicherungsrecht**
 - SV-rechtliches Kollisionsrecht
 - Versicherung bis zu 24 Monaten im Heimatstaat.



Lohn- und Sozialdumping

- Bestrafung von LSD
 - Feststellung der Unterentlohnung durch eine Kontrollbehörde
 - Verhängung einer Verwaltungsstrafe mit Bescheid.
 - Zentrale Verwaltungsstrafevidenz im Kompetenzzentrum LSDB (WGKK)
- Verpflichtung des öff AG zur Einsichtnahme in die LSDB-Evidenz
 - „kleine Novelle 2016“ (§ 72 Abs 1 BVergG)



Lohn- und Sozialdumping

- Auskunftserteilung aus der LSDB-Evidenz
 - Keine Bestrafung → „Keine Bestrafung“
 - Eine Bestrafung → „Keine Bestrafung“
 - Zwei Bestrafungen: Auskunft, sofern beide Bestrafungen jünger als ein Jahr sind.
 - Drei oder mehr Bestrafungen: Auskunft, solange die jüngste Bestrafung nicht älter als zwei Jahre ist.



Illegale Ausländerbeschäftigung

- **Illegale Ausländerbeschäftigung gem AuslBG**
 - Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen (oder Kroaten) ohne arbeitsmarktbehördliche Genehmigung.
 - Evidenz der AuslBG-Bestrafungen wird vom BMF geführt (§ 28b AuslBG).
- **Bestrafungen wegen LSDB ≠ AuslBG**



Herausforderung elektronische Vergabe





Was ist eVergabe?

- Vier Elemente:
 - Übermittlung von Ausschreibungs- und Teilnahmeunterlagen
 - Elektronische Abgabe von Angeboten bzw. von Teilnahmeanträgen
 - Bekanntmachung von Aufträgen
 - Sonstige Kommunikation zwischen AG, Bieter



Wann kommt eVergabe?

- eVergabe ist derzeit **freiwillig**
- eVergabe wird **verpflichtend vorgeschrieben**:
 - für zentrale Beschaffungsstellen (z.B. BBG):
spätestens mit April 2017
 - für alle öffentlichen Auftraggeber:
spätestens mit Oktober 2018



eVergabe wirft Fragen auf:

für Bieter...

- Vergabeverfahren laufen dank eVergabe anders ab
- Technische Störungen können auftreten
- Eingabefehler passieren
- Das Erstellen von Angeboten kann länger dauern als gedacht
- ...

für öffentliche Auftraggeber

- Auftraggeber müssen rechtzeitig über ein System zur eVergabe verfügen
- Testbetrieb mit eVergabe-System
- Ausschreibungsunterlagen an eVergabe anpassen
- Interne Abläufe (und Ausschreibungen) standardisieren
- ...



Was verspricht eVergabe?

- Erwartungen der Europäischen Kommission:
 - mehr Wettbewerb innerhalb der EU
 - Niedrigere Preise, bessere Qualität
 - Einsparungen zwischen 5 und 20% für öffentliche Auftraggeber → 20 Milliarden EUR pro Jahr



Herausforderungen für Bieter

Zwei Beispiele für Situationen, in denen eVergabe für Bieter Herausforderungen schafft:

- Technische Probleme bei der Angebotslegung
- Eingabefehler / Fehler in der Eingabemaske



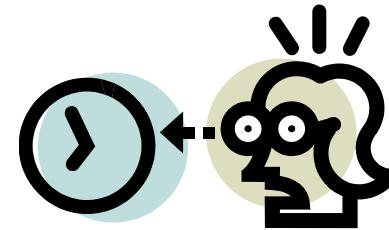


Technische Probleme bei der Angebotslegung (1)

Beispiel:

- Die Angebotsfrist endet um 10:00 Uhr
- Sie wollen um 09:00 Uhr ihr Angebot auf die Plattform des Auftraggebers uploaden, aber es funktioniert nicht

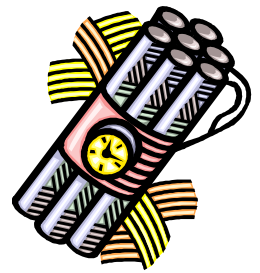
- Was tun sie?
- Was sind die Folgen?





Technische Probleme bei der Angebotslegung (2)

- § 118 Abs. 3 BVergG:
„Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind als verspätet eingelangt zu kennzeichnen und [...] nicht zu öffnen“
- § 129 Abs. 1 Z. 6 BVergG:
„[V]erspätet eingelangte Angebote [sind auszuscheiden]“
- **Ihr Angebot reist auf Ihr Risiko!**





Technische Probleme bei der Angebotslegung (3)

- Was also tun?
 - Lernen Sie eVergabe-System des AG kennen!
(insb.: Signierung!)
 - Kein Angebot in letzter Minute einreichen!
(optimal: zwei Tage vor Ende Angebotsfrist!)
 - Bei Fehlfunktionen:
 - verständigen Sie Auftraggeber und Plattformbetreiber sofort und nachweislich,
ersuchen Sie um Verlängerung der Angebotsfrist!
 - im absoluten Notfall: Angebot in Papierform
(wenn Fehler im Bereich des Auftraggebers)





Eingabefehler (1)

- Beispiele
 - Das Leistungsverzeichnis ist auf der Plattform des öffentlichen Auftraggebers mit Preisen zu befüllen. Sie vertippen sich beim Befüllen und preisen eine Position um einen Faktor 10 zu günstig aus
 - Das Angebot ist als gescanntes PDF upzuloaden. Sie laden irrtümlich eine falsche Version des Dokuments hoch.





Eingabefehler (2)

- § 106 Abs. 8 BVergG:
„**Während der Angebotsfrist** kann der Bieter durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten“.
- § 112 Abs. 2 BVergG:
„**Während der Zuschlagsfrist** [die mit dem Ablauf der Angebotsfrist beginnt] ist der Bieter an sein Angebot gebunden“.



Eingabefehler (3)

- § 871 ABGB: Auf die Irrtumsanfechtung kann verzichtet werden → in der Regel enthalten Ausschreibungsunterlagen einen derartigen Verzicht
 - Im Ergebnis kann Bieter an das „nicht gewollte“ Angebot gebunden sein
 - Äußerste Vorsicht geboten!





Technische Probleme bei der Angebotslegung (3)

- Was also tun?
 - Angebot rechtzeitig vor Ende der Angebotsfrist elektronisch abgeben (am Tag vorher?)
 - Abgegebenes Angebot jedenfalls selbst downloaden und nochmals überprüfen
 - Bei Fehlern Korrekturmaßnahmen setzen:
 - Berichtigtes Angebot uploaden
 - Im Extremfall: Angebot widerrufen





Technische Probleme bei der Angebotslegung (4)

- Sonderfall: Fehler in Eingabemaske
 - z.B. Summen in vom Auftraggeber elektronisch bereitgestellten Leistungsverzeichnis werden falsch berechnet
 - Verzicht auf Irrtumsanfechtung uU nicht wirksam (bei grober Fahrlässigkeit des Auftraggebers)
 - Erhebliche Rechtsunsicherheit
 - Auch hier: äußerste Vorsicht!





Herausforderungen für Auftraggeber

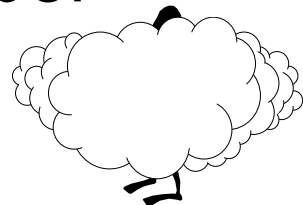
Zwei Beispiele für Situationen, in denen eVergabe für Bieter Herausforderungen schafft:

- Systementscheidung trotz unklarer Rechtslage
- Nachvollziehbarkeit von Abläufen in Vergabekontrollverfahren
- Anpassung von Ausschreibungsunterlagen an die eVergabe
- Interne Standardisierung von Vergabeverfahren



Systementscheidungen bei unklarer Rechtslage (1)

- EU-„Vergabepaket“ 2014 schafft neue Regeln:
 - Richtlinie veröffentlicht am 28.3.2014
 - bis 18. April 2016 in nationales Recht umzusetzen (BVergG-Novelle)
 - Nationaler Gesetzgeber hat erheblichen Spielraum bei der Umsetzung von eVergabe
 - Herausforderung für Auftraggeber, Betreiber von eVergabe-Plattformen

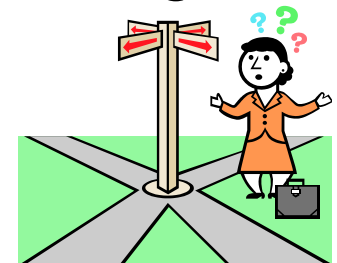




Systementscheidungen bei unklarer Rechtslage (2)

- Beispiele für offene Fragen:
 - Sicherheitsniveau für eVergabe kann durch Mitgliedstaaten in einem „Rahmenkonzept“ vorgeschrieben werden
 - Mitgliedstaaten können Einsatz qualifizierter elektronischer Signaturen vorschreiben
 - Europäische Kommission kann Anwendung technischer Standards zwingend vorschreiben

...





Nachvollziehbarkeit von Abläufen (1)

- Auftraggeber ist bei Verfahren verpflichtet, zuständigem Gericht unverzüglich Unterlagen zu übermitteln
 - In welcher Form protokolliert eVergabe-Plattform Vorgänge?
 - Wie schnell und in welcher Form können „Auszüge“ von Verfahren auf Papier erstellt werden?
 - Sind diese „Auszüge“ für das Gericht verständlich und nachvollziehbar?





Nachvollziehbarkeit von Abläufen (2)

- Beispiel: Bieter will eine „*sonstige Festlegung*“ in einem Vergabeverfahren bekämpfen.
Frist: 10 Tage „*ab Absendung*“ (§ 321 BVergG)
 - Was bedeutet „Absendung“ im Rahmen einer eVergabe-Plattform?
 - Zu welchem Zeitpunkt wurde konkret „abgesendet“
 - Im konkreten Fall musste ein 10 TB-Logfile durchsucht werden, Programmierer als Zeuge





Anpassung von Ausschreibungsunterlagen (1)

- Auftraggeber verfügen über „konventionelle“ Ausschreibungsunterlagen, in denen u.a. festgelegt ist,
 - wie Angebote einzureichen sind und
 - wie das Verfahren abzuwickeln ist



Anpassung von Ausschreibungsunterlagen (2)

- Häufiger Anpassungsbedarf von Unterlagen:
 - Entfernen von Verweisen auf „Papier“
 - Regeln über die Kommunikation mit dem Bieter
 - Abdecken spezifischer Risiken der eVergabe (z.B. Warnpflicht für Bieter bei Fehlfunktion!)

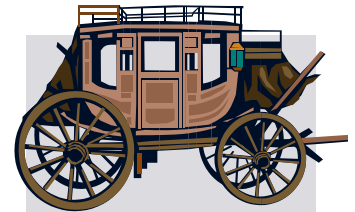


- Auftraggeber ist an seine Unterlage gebunden
- Anpassung an spezifische Plattform geboten!



Interne Standardisierung von Vergaben (1)

- Viele Auftraggeber verfügen über eine „historisch gewachsene“ Vergabep Praxis:
 - Unterschiedliche Abteilungen gehen unterschiedlich vor,
 - verwenden unterschiedliche Formulare und
 - zT unterschiedliche rechtliche Vorgaben





Interne Standardisierung von Vergaben (2)

- eVergabe als **Chance zur Standardisierung**
 - Vereinheitlichung und Modularisierung der Ausschreibungsunterlagen und Leistungsverzeichnisse
 - verringert den Aufwand bei der Einführung von eVergabe massiv,
 - verringert Fehlerquellen
 - ist bieterfreundlich





Zusammenfassung: eVergabe kommt!

- Einführung mit Aufwand verbunden
- Unsicherheiten bestehen
- eVergabe bringt aber auch eine große Chance auf Vereinfachung und mehr Effizienz!
- Viel Erfolg!



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

RA Dr. Matthias Öhler

kanzlei@schramm-oebler.at

www.schramm-oebler.at

Bartensteingasse 2, A-1010 Wien

Tel. +43/1/409 76 09,

Fax +43/1/409 76 09-30



<http://wko.at/ktn/gewerbe>

Die Präsentation finden Sie online unter:

<http://wko.at/ktn/gewerbe>