

Das Vergaberechtsreformgesetz
2018 –
Highlights für Unternehmer

Dr. Michael Fruhmann

In-Kraft-Treten

→ Publikation in BGBl I Nr. 65/2018 (20.08.2018)

→ Inkrafttreten: 21.8.2018; alle Verfahren, die nach 21.8. eingeleitet wurden, unterliegen BVergG 2018 (bereits laufende „Altverfahren“ gehen weiter nach BVergG 2006)

→ SchwellenwerteVO 2018, BGBl II Nr. 211/2018 wurde gleichzeitig erlassen (gilt bis 12/2020)

BVergG 2018

Regelungsansatz

- Grundregel: KEIN gold-plating:
bedeutet, dass RL-Regelungen übernommen werden (nicht verschärft werden) bzw. nicht „ausgelassen“ werden (z.B. Ausnahmen)
→ Ausnahme von Grundregel: zB Bestangebotsregelungen!
- Versuch, innerhalb der RL-Regelungen maximale Flexibilität bei der Umsetzung zu implementieren

Definitionen

Schauen Sie sich die Definitionen an!

- **„e-Rechnung“** = ist eine Rechnung, die in einem strukturierten elektronischen Format, das ihre automatische und elektronische Verarbeitung ermöglicht, ausgestellt, übermittelt und empfangen wird
- **„Lebenszyklus“** = sind alle aufeinander folgenden oder miteinander verbundenen Stadien, einschließlich ... Forschung und Entwicklung, der Produktion, des Handels ..., des Transportes, der Nutzung und Wartung während der Lebensdauer..., angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe ... bis hin zu Entsorgung, Aufräumarbeiten und Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung (Motto: „von der Wiege bis zur Bahre“) wichtig zB wegen zulässigen Zuschlagskriterien

Ausnahmen vom BVergG

➤ AG haben Gebot zur restriktiven Auslegung!

➤ Umfangreicher Katalog von
Ausnahmetatbeständen (§§ 9 und 178)

viele Ausnahmen unverändert: vgl.

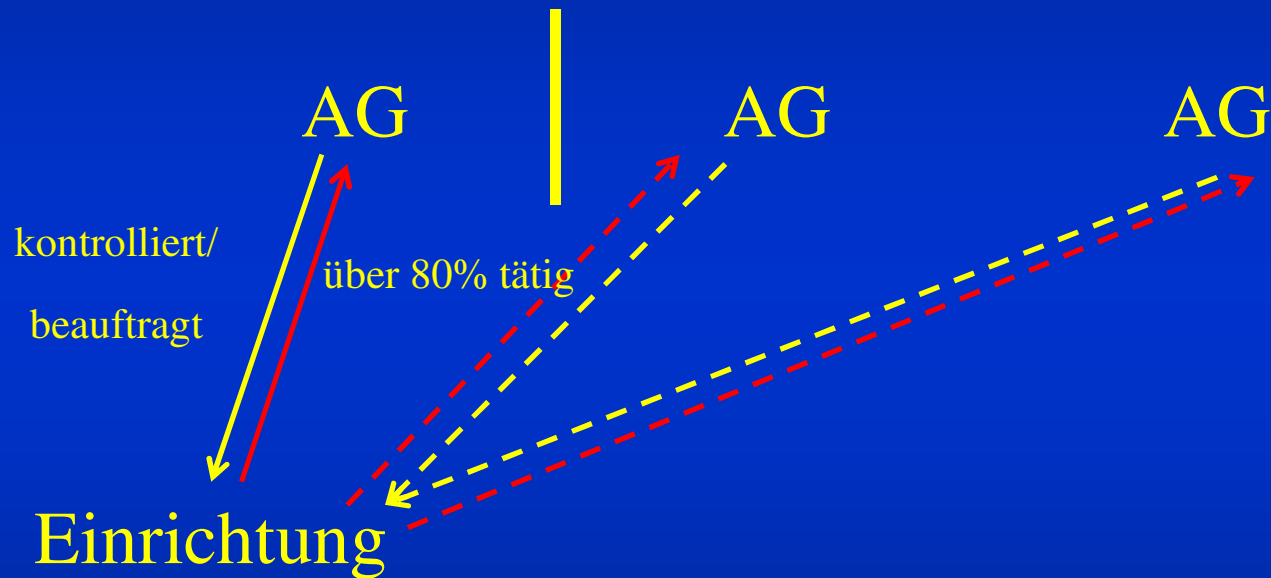
„Immobilienbeschaffung“, „geheime
Beschaffungen“, „Beschaffung von zentraler
Beschaffungsstelle“

NEU ua Z 26: unwesentliche Vertragsänderungen
während ihrer Laufzeit - vgl. dazu § 365
(Abgrenzung „wesentlich“/“unwesentlich“)

In House – Ausnahme

§ 10 (1) Z 1
Teckal

§ 10 (1) Z 3
Coditel



AG = öff AG oder öff SektorenAG

In House – „bottom -up“

§ 10 (1) Z 2 lit. a

„öff AG“ (alle Typen!) oder öff SektorenAG

kontrolliert

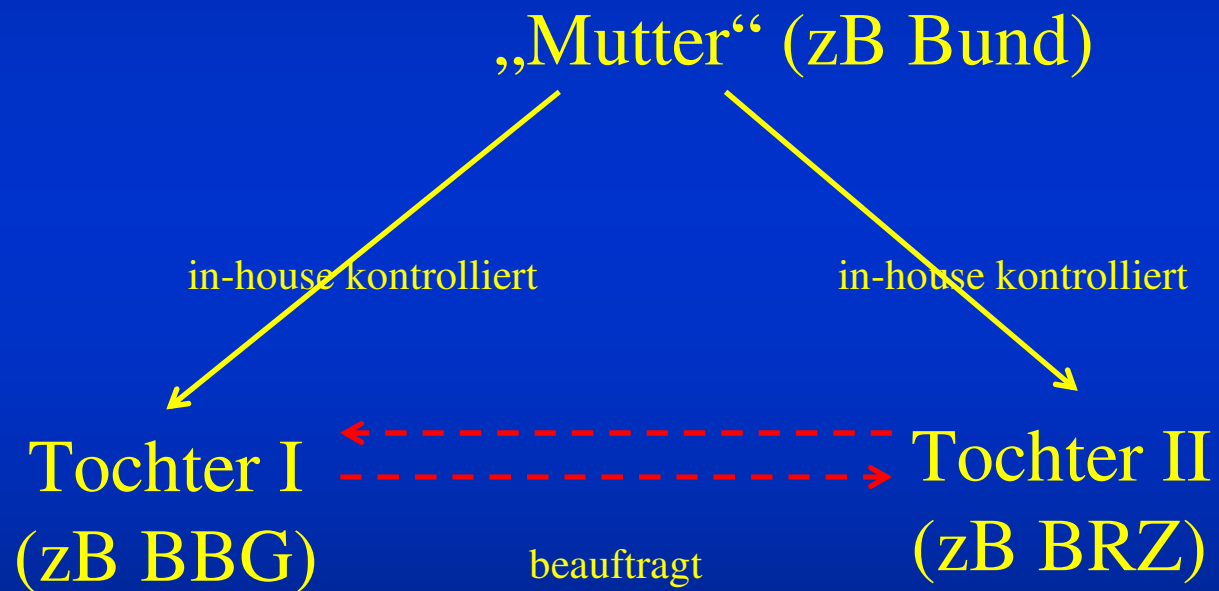


beauftragt

öff AG („kontrollierte Tochter“)
oder öff SektorenAG

In House – „Schwestersituation“

§ 10 (1) Z 2 lit. b



Öff-öff Kooperation

§ 10 (3): Vertragsverhältnis zwischen öff AG/öff SektorenAG

- Kooperationsverhältnis zur Erfüllung „gemeinsamer Ziele“ aller Beteiligten
- weniger als 20% der Kooperationstätigkeiten werden „auf dem Markt“ erbracht
- mögliche Beispiele: „shared services“ von Gemeinden/Bund/Land (Abfall, Fuhrpark, IT-Zentren ...)

Schwellenwertberechnung

- **Regelung grds. unverändert** – alle Leistungen eines „Vorhabens“ sind zusammenzuzählen!
- **NEU (vgl. § 13 Abs. 4)**: keine zwingende Kumulierung der Beschaffungsvolumina von „selbständigen operationellen Einheiten“ eines AGs (= Untergliederungen mit „Beschaffungsautonomie“; in Ö derzeit selten, vgl. Bundesministerien)

Schwellenwertberechnung II

Dienstleistungen - Lose (vgl. § 16 Abs. 4):

- Kumulierung funktional zusammenhängender DL (insbes. alle DL iZm Realisierung eines Bauwerkes); RL (sowohl 2004/18/EG wie auch 2014/24/EU) stellt bewusst nicht auf „gleichartige“ DL ab (vgl. hingegen Lieferungen)
- vgl. dazu EuGH C-574/10, Kommission gegen Deutschland, und stRspr VwGH (zB. 20.4.2016, Ro 2014/04/0071)
- Ausschussfeststellung!

Vorherige Markterkundung - § 24/§ 197

Neue explizite Regelung, dass Auftraggeber zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens den „Rat“ von Dritten (= potentielle Bieter) einholen kann und solcherart gewonnene Informationen nutzen darf

Achtung: dies darf nicht zu einer (offenen/versteckten) Diskriminierung führen (zB durch einen bestimmten Unternehmer begünstigende Konditionen)

- Ziel der Regelung war Klarstellung, weil AG diesbezüglich unsicher waren!

Interessenkonflikte - § 26/§ 199

Interessenkonflikt (sehr weit definiert): MitarbeiterIn hat (in)direkt finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse, das Unparteilichkeit/Unabhängigkeit beeinträchtigen könnte

➔ Auftraggeber müssen Maßnahmen zur „wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung“ von Interessenkonflikten treffen

➤ mögliche Maßnahmen: Compliance-System, internes Controlling/Audit
(Verhältnismäßigkeitsprinzip!)

Neuerungen bei Verhandlungsverfahren

VV mit Bekanntmachung ist im klassischen Bereich (fast) Regelverfahren: weil insbesondere zulässig gem. § 34, wenn

- Bedürfnisse des öff AG nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können
- Aufträge konzeptionelle oder innovative Lösungen umfassen
- es „komplexe“ Vergaben sind, oder
- eine konstruktive Leistungsbeschreibung mit Normen nicht möglich ist

Neuerungen bei Verhandlungsverfahren II

bei VVmB bisherige Regelungen + NEU

1. Pflicht zur Angabe (nicht verhandelbarer /änderbarer) Mindestanforderungen (vgl. § 114)
 - Gesetz regelt nicht Detailgrad der Mindestanforderungen (Sache des AG); können auch schrittweise im VV „entwickelt“ werden; alles was keine Mindestanforderung ist, ist verhandelbar!
2. Mindestfrist für Teilnahmeanträge und Erstangebote (Regelfrist 25 Tage)
 - Beachte dazu aber neue Fristenregelungen (Verkürzungsmöglichkeiten)!

Neuerungen bei Verhandlungsverfahren III

bei VVmB Neuerungen – Forts.:

3. schriftliches Angebot (ausschließlich von eingeladenen Unternehmern)
4. Verhandlungspflicht (außer AG behält sich sofortigen Zuschlag ausdrücklich vor)
5. Festlegung und Bekanntgabe der Struktur des Prozesses (Verhandlungsrunden usw.); Bekanntgabe an Teilnehmer des „endgültigen“ Angebotes („LAFO“, „BAFO“ ...)
6. im USB „Kaskadenverhandlungen“ zulässig

Innovationspartnerschaft (IP)

Innovationspartnerschaft als neues Verfahren (vgl. §§ 118 – 121 + 285 – 288):

- Ziel der IP ist die Entwicklung einer „innovativen“ Leistung + der Erwerb dieser Leistung
- innovativ = Leistung ist nicht am Markt verfügbar + beinhaltet zwingend eine F&E-Komponente
- Erwerb nur zulässig, wenn vereinbartes Funktionsniveau und Kostenrahmen eingehalten wurden
- basiert auf Verhandlungsverfahren (mit Adaptionen)

Dynamisches Beschaffungssystem

Verfahren - § 160 – 162 bzw. § 321 – 323:

- nur für „Standardleistungen“
- vollelektronisch (inkl. e-Kataloge)
- unbegrenzte oder begrenzte Laufzeit
- „offen“, d.h. Unternehmer können jederzeit beitreten
- basiert auf nicht-offenem Verfahren (keine „indikativen“ Angebote mehr!)
- Gliederung in Leistungskörbe möglich
- Wettbewerb zwischen Anbietern der Warenkörbe

Rahmenvereinbarungen (RV)

neu bei RV – vgl. §§ 153 – 155 + 314 – 316:

- Kombination der Abrufmodalitäten (mit/ohne Wettbewerb in 2. Stufe) in einer RV zulässig (Angabe der objektiven Kriterien wann welche Modalität zum Zug kommt – z.B. Abrufhöhe)
- Abrufberechtigte müssen von Beginn an eindeutig identifiziert sein! Kein nachträglicher Beitritt möglich!
- Laufzeit grds. 4 bzw. 8 Jahre

„E - Vergabe“

E-Vergabe = vollelektronische Vergabe (von Bekanntmachung bis Angebot),

- keine Verpflichtung zu e-Vertragsabschluss aber zu e-Rechnung (zeitversetzt)
- **bis Oktober 2018** – Verpflichtung zur e-Vergabe nur für zBSt (außer AG führt e-Auktion durch, verwendet DBS oder möchte e-Kataloge nutzen)
- **ab 18.10. 2018** - Verpflichtung zur e-Vergabe **für alle AG im OSB**

Ausschreibungsunterlagen

§§ 89 + 260: Pflicht zur elektronischen Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen (OSB + USB, wie schon bisher)

- neu: bereits ab Beginn des Vergabeverfahrens (grds. auch bei 2-stufigen Verfahren)
- Bekanntgabe der Internetadresse wo die Unterlagen (bis zum Ablauf Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist) frei (= „kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig“) verfügbar sind; Erfordernis personifizierter Anmeldung unzulässig!
- Ausnahme für „vertrauliche“ Vergabeverfahren und wenn aus bestimmten Gründen (insb. technischer Art) keine e-Kommunikation zwischen AG und Unternehmern stattzufinden hat (siehe §§ 89/260 Abs. 3)

Ausschreibungsunterlagen II

§§ 89 + 260: Pflicht zur elektronischen Verfügbarkeit der Ausschreibungsunterlagen (Fortsetzung):

- bei Verhandlungsverfahren, wettbewerblichem Dialog und Inno-Partnerschaft (s. z.B. § 114) müssen Unterlagen für die Erstangebote „so präzise, dass ein Unternehmer Art und Umfang der Leistung erkennen kann und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt“
- betrifft Ausschreibungsunterlagen für Erstangebote

Veröffentlichungen

Arten der Veröffentlichungen grds. unverändert
(Vorinformation, tatsächliche Bekanntmachung ...)

- Terminologie des BVergG neu: Bekanntmachung („ex ante“) ↔ Bekanntgabe („ex post“)
- NEU: alle AG (außer zentrale öff AG, s. Anhang III) können die Vorinformation als reguläre Bekanntmachung nutzen – in diesem Fall muss die Vorinformation bestimmte Mindestinformationen enthalten; Unternehmer müssen ihr Interesse bekunden!

Veröffentlichungen II

Bekanntmachungen/Bekanntgaben in Österreich:

- bis März 2019 bisheriges System, d.h. Bekanntmachung in Publikationsmedien (z.B. Amtsblättern)
zusätzlich: Möglichkeit „Open Government Data“ (OGD) - Modell freiwillig zu nutzen
- ab 1. März 2019:
zwingende BekanntMACHUNG in Österreich ausschließlich über OGD-Modell UND zwingende BekanntGABEN in Österreich über OGD-Modell im OSB, Bund (nicht Länder) auch im USB (ab Vergaben über 50.000 €)

Fristen

- im Gesetz nur Mindestfristen geregelt; diese sind ggf. zwingend zu verlängern!
- Fristen müssen immer „verhältnismäßig“ sein! (abhängig von Auftragsgegenstand usw.) - §§ 68 und 239
- ACHTUNG: Fristen wurden massiv verkürzt; zB Angebotsfristen offenes Verfahren 30T; nicht offenes Verfahren, VVmB – 25 Tage; im Landesvollzugsbereich UND im Sektorenbereich: Angebotsfrist kann Teilnehmern einvernehmlich festgelegt werden - ist dies nicht möglich: mindestens 10 Tage!
- Unternehmer müssen sofort reagieren falls AG Fristen zu kurz ansetzt!

Eignung – neu (klassisch)

Ausschlussgründe § 78:

- taxativer Katalog von Ausschlussgründen
- viele Ausschlussgründe unverändert (zB Kenntnis von bestimmten strafgerichtlichen Verurteilungen, „schwere berufliche Verfehlung“, falsche Auskünfte, Insolvenz, Vorarbeiten ...)
- Neue Ausschlussgründe (zB plausible Anhaltspunkte für wettbewerbswidriges Verhalten, „erhebliche und dauerhafte Mängel“ bei Voraufträgen, die zu Vertragsauflösung bzw. Schadenersatz geführt haben ...)

Eignung – neu (klassisch) II

- zwingender Ausschluss auch dann, falls Ausschlussgrund „Kenntnis von rechts strafgerichtlicher Verurteilung“ hinsichtlich eines Mitgliedes des Leitungs- oder Aufsichtsorganes erfüllt ist oder bei Person, die „Entscheidungsbefugnis“ im Vergabeverfahren hat (Abs. 2) – Prokuristen fallen darunter (siehe VwGH 12.9.2016, Ra 2015/04/0081)

Eignungsnachweise

Allgemeine Regeln iZm Nachweisen (§§ 80 + 251):

- Unternehmer muss Nachweise nicht vorlegen, die der AG „direkt“ über eine Datenbank kostenfrei erhalten kann (z.B. Mitglieder bei ANKÖ)

Selbstreinigung – neu

§§ 83 + 254 – Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit:

- Unternehmer hat erweiterte Nachweispflicht:
 - Schadensausgleich und
 - umfassende und aktive Mitwirkung bei der Aufklärung und
 - Setzen effektiver Maßnahmen (Kontrollsystem, compliance, Haftungsregelungen usw.)
- Zeitliche Begrenzung der Ausschlusswirkungen:
5a bei strafgerichtlichen Delikten, alle anderen 3a

Nachweis Befugnis, Zuverlässigkeit

NEU: bei wirtschaftlichen Nachweisen – Anhang X

- Mindestumsatz - Beschränkung auf das Doppelte des geschätzten Auftragswertes außer in hinreichend begründeten Fällen, die in speziellen Risiken iZm der Leistung bestehen – z.B. Los in komplexen Bauvorhaben, dessen verspätete Fertigstellung zu massiven Verzögerungen für das gesamte Projekt führen
- Erwähnung von Ratingsystemen (Bonität)

Bestbieterprinzip mit mehreren Z-Kriterien neu

Klassischer Bereich - § 91 (5):

verpflichtendes Bestbietersystem mit mehren Z-Krit. bei

1. bestimmten DL-Aufträgen (konzeptionell/innovativ, komplexe DL, keine genaue konstruktive Spezifikation möglich, „geistige“ DL)
2. „im Wesentlichen“ funktionale LB (vgl. schon BVergG Nov 2016)
3. Bauaufträgen über 1 Mio €
4. wettbewerblichem Dialog
5. Innovationspartnerschaft

Bestbieterprinzip „horizontal“ neu

§ 91 Abs. 6: AG muss „qualitätsbezogene Aspekte“ in zumindest einer der folgenden Phasen des Vergabeverfahrens berücksichtigen und kennzeichnen: LB, technische Spezifikationen, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, Ausführungsbedingungen; bei folgenden Leistungen

1. unmittelbar, personenbezogene besondere DL im Gesundheits- und Sozialbereich
2. Landverkehrsdienstleistungen im ÖPNV (hier jedenfalls „sozialer“ Aspekt zu berücksichtigen)
3. Lebensmittelbeschaffungen
4. Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen

Subvergabe

§§ 98 bzw. 268:

- Regelungen der Novelle 2015 werden unverändert beibehalten
- NEU: zusätzliche Beschränkungsmöglichkeit; wurde der Rspr des EuGH „entlehnt“
 - AG kann „den Rückgriff auf Subunternehmer im Einzelfall beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist“ (vgl. Rs C-27/15, Pippo Pizzo)
 - bei „wirtschaftlichem“ Subunternehmer kann AG Solidarhaftung vorschreiben
 - generelle (zB %-mäßige) Beschränkung unzulässig!

Zuschlag/Widerruf

- Regelungen betreffend Zuschlag, Zuschlagsentscheidung, Stillhaltefrist, Gründe für Widerruf und Widerrufsverfahren inhaltlich unverändert (vgl. §§ 142 ff bzw. §§ 304 ff)
- NEU: einheitliche Stillhaltefrist im OSB und USB: 10/15 Tage

Bekanntgabe neuer Subunternehmer

§ 363 (nach Zuschlagserteilung):

- Regelung ident mit BVergG Novelle 2015
- Verpflichtung des AN dem AG spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung die Kontaktdaten der Subunternehmer bekanntzugeben (und alle diesbezüglichen Änderungen)
- Zustimmungsfiktion; d.h. AG muss jedem Einsatz von neuen Subunternehmern explizit zustimmen, wenn nicht binnen 3 Wochen Ablehnung → Zustimmung wird gesetzlich fingiert

(Un)Zulässige Vertragsänderung

§ 365: vgl. dazu die Rspr des EuGH (Rs „presstext“ usw.)

- Abs. 1: Grundsatz - Verbot der „wesentlichen Vertragsänderung“ ohne erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens
- Abs. 2: Definition, welche Änderungen „jedenfalls“ eine wesentliche Änderung darstellen
- Abs. 3: (abschließende) Tatbestände der „unwesentlichen Vertragsänderungen“

(Un)Zulässige Vertragsänderung II

Abs. 2: jedenfalls unzulässige wesentliche Vertragsänderung

1. Einführung neuer Bedingungen, die Zulassung anderer Bewerber oder die Annahme eines anderen Angebotes ermöglicht hätten oder die das Interesse weiterer Unternehmer geweckt hätte
2. wirtschaftliches Gleichgewicht wird zugunsten des **AN** verschoben (zB höheres Entgelt) - umgekehrt **nicht!**
3. Leistungen des Vertrages/der RV werden erheblich ausgeweitet oder verringert
4. grds. (!) der Austausch des Vertragspartners (s. jedoch Abs. 3 Z 3)

(Un)Zulässige Vertragsänderung III

Abs. 3: zulässige „unwesentliche“ Vertragsänderung

1. „de minimis“ - Änderung
 2. wenn im urspr. Auftrag Änderungsmöglichkeit (z.B. Volumenserweiterung) vorgesehen war
 3. Änderungen des AN aufgrund Umstrukturierung
 4. sonstige unwesentliche Änderungen
 5. bei Zusatzaufträgen (bis 50% des urspr. Auftragswertes), wenn Wechsel zu Inkompatibilitäten/techn. Problemen und signifikanten Mehrkosten führen würde
 6. bei unvorhersehbaren Änderungen (bis 50% des urspr. Auftragswertes)
- ➔ bei Z 5 und 6 – 50%-Grenze pro Änderung!

Beendigung von Verträgen

§ 366 - Pflicht zur Beendigung:

1. wenn AN gem. §§ 78/249 zum Zeitpunkt des Zuschlages wegen einer strafgerichtlichen Verurteilung auszuschließen gewesen wäre (d.h. AG hatte Kenntnis von Verurteilung!)
2. wenn der Auftrag aufgrund einer schweren Verletzung der Verpflichtungen des Unionsrechtes, die der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen

Baustellendatenbank

§ 367 - Pflicht zur elektronischen Einmeldung bestimmter Daten bei Bauaufträgen/Baulosen über 100.000 €:

1. Kontaktdaten AN
2. Auftragssumme, Kurzbeschreibung, Ausführungsbeginn und -dauer
3. Daten Subunternehmer (falls mehrere Subunternehmer für einen Leistungsteil genannt wurden – Nennung nach Konkretisierung bzw. bei neuen Subunternehmern unmittelbar nach Zustimmung des AG)
4. alle Änderungen bzgl dieser Daten

Neuerungen im Rechtsschutz

- Fristen für F-Verfahren (§ 354 (2)):
Einbringung 6 Monate ab Kenntnis bzw.
möglicher Kenntnis (wie bisher jedoch: wäre N-
Verfahren möglich gewesen, ist F-Antrag
unzulässig)
- Frist für Nichtigklärung von Verträgen wie
bisher 6 Monate ab Zuschlagserteilung

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

Kontakt: Dr. Michael Fruhmann, BMVRDJ-VD

michael.fruhmann1@bmvrdj.gv.at