

Neuerungen im BVergG 2018 und E-Vergabe ab Oktober 2018

RA Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider

20. FLGÖ Bundesfachtagung 2018

Purgstall, NÖ, 12.10.2018

www.bpv-huegel.com

bpv HÜGEL



Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider



Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider

Partner, Rechtsanwalt

Kontakt:

bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH

Donau-City-Straße 11

1220 Wien

Telefon: +43 1 260 50-0

Fax: +43 1 260 50-208

E-Mail: christian.schneider@bpv-huegel.com

Beruflicher Werdegang:

1989-1996: Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien (1993 Mag., 1996 Dr.)

1990-2001: Studium BWL an der Wirtschaftsuniversität Wien (1995 Mag., 2001 Dr.)

1995-2000: Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien

seit 2004: Partner bei bpv Hügel

2013: Habilitation an der Universität Wien – Lehrbefugnis für die Fächer Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht sowie die damit zusammenhängenden Bereiche des Europarechts

Beratungsschwerpunkte:

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Beratung im Vergaberecht und Abwicklung von Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber

Bau-, Raumordnungs- und Umweltrecht

Gemeinderecht

Europarecht (insbesondere Binnenmarkt- und Beihilfenrecht)

Lehr- und Prüfungstätigkeit:

1997-2000 und seit 2006: Lehrbeauftragter an der Universität Wien

Seit 2015: Prüfer für Verfassungsrecht an der Universität Wien

Mitgliedschaften:

Rechtsanwaltskammer Wien

Österreichische Juristenkommission

Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer

Beratungsspektrum für Gemeinden (I)

- Überblick über die Materien
 - Vergaberecht
 - Bau- und Raumordnungsrecht
 - Umweltrecht (Abfallrecht, Wasserrecht etc)
 - Gemeindeabgaben
 - Gemeindeorganisationsrecht (Gemeindeordnung)
- Unterstützung bei Verwaltungsverfahren
 - Festlegung einer Verfahrensstrategie
 - Aufarbeitung von Rechtsfragen, Gutachtenserstellung
 - Vorbereitung der rechtlichen Korrespondenz
 - Erstellen von Bescheidentwürfen
- Vertretung in Verfahren vor dem LVwG NÖ, VwGH, VfGH

Beratungsspektrum für Gemeinden (II)

- Vergaberecht
 - Beratung bei der Wahl des Vergabeverfahrens
 - Erstellung von Ausschreibungsunterlagen
 - Verfahrensabwicklung
 - Punktuelle Beratung und Verfahrensbegleitung
 - Rechtsgutachten und Memoranden
 - Vertretung in Nachprüfungsverfahren

Überblick (I)

- VergaberechtsreformG 2018, BGBl I 2018/65
 - In Kraft getreten am 21.8.2018 (mit wenigen Ausnahmen)
 - Neues Bundesvergabegesetz 2018 („BVerG 2018“)
 - Neues Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 („BVerGKonz 2018“)
 - Änderung von Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 („BVerGVS 2012“)
 - Dient Umsetzung von EU-Richtlinienpaket aus 2014
 - RL 2014/23/EU „Konzessionsrichtlinie“
 - RL 2014/24/EU „klassische Richtlinie“
 - RL 2014/25/EU „Sektorenrichtlinie“

Überblick (II)

■ Ziele des BVergG 2018

- Vereinfachung des Regelwerks (aber: nochmalige Zunahme von Regelungsumfang und –dichte, 382 §§ ggüber 351 §§ in BVergG 2006, 234 Seiten ErläutRV allein zu BVergG 2018)
- Flexibilisierung: zB Ausweitung der Gründe für Wahl des Verhandlungsverfahrens
- E-Vergabe: Pflicht zur elektronischen Kommunikation zwischen öff AG und Bietern ab 18.10.2018 auch für Gemeinden (§ 48)
- Kodifikation und Weiterentwicklung der einschlägigen Rechtsprechung (insb In-House-Vergabe, Interkommunale Zusammenarbeit, Möglichkeit von Vertragsänderungen)
- Gezielte Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping (strengere Subunternehmerregelungen, BUA-K-Baustellendatenbank)

Überblick (III)

- Die wichtigsten Neuerungen im Überblick
 - In-House-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit
 - Besondere Dienstleistungen
 - Ausweitung der Gründe für Wahl von Verhandlungsverfahren
 - Neues Vergabeverfahren Innovationspartnerschaft
 - Neue Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote
 - Einheitliche Europäische Eigenerklärung
 - Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen
 - Pflicht zum Bestbieterprinzip bzw zur Berücksichtigung von Qualitätsaspekten
 - Subunternehmer
 - Ablauf offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren
 - BUAK-Baustellendatenbank (Eintragungspflicht für Bauaufträge > 100.000,-- Euro)
 - Nachträgliche Vertragsänderungen
 - Vertragsbeendigung
 - Was sonst noch relevant ist
- Sonderthema: Verpflichtende „E-Vergabe“ im OSB für Gemeinden ab 18.10.2018

In-House-Vergabe (I)

- Fällt nicht in den Anwendungsbereich des BVergG 2018 (§ 10)
- 1. Kriterium: „Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle“
 - Alleinige Kontrolle
 - „ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers“
 - Mittelbar oder durch zwischengeschaltete Gesellschaft
 - Beherrschte Gesellschaft muss nicht im öff Interesse handeln, dh Marktorientierung unschädlich
 - Auch sog „Bottom-Up-Vergaben“ und Schwesternvergaben als Quasi-In-House-Vergabe umfasst
 - Gemeinsame Kontrolle (§ 10 Abs 2)
 - Anteil des jeweiligen öff AG irrelevant, dh mehrere hundert Gemeinden können eine Gesellschaft gemeinsam kontrollieren, auch Anteil unter 1 % ist unschädlich
 - Auch hier ausschlaggebender Einfluss auf strategische Ziele und wesentliche Entscheidungen gefordert
 - Beschlussfassende Organe des kontrollierten Rechtsträgers müssen sich aus Vertretern sämtlicher öff AG zusammensetzen (gemeinsamer Vertreter für mehrere öff AG möglich)
 - Keine mittelbare Beherrschung durch zwischengeschaltete Gesellschaft möglich
 - Beherrschte Gesellschaft darf keine der beherrschenden Gesellschaft zuwiderlaufende Interessen verfolgen; unklar, ob Marktorientierung schädlich

In-House-Vergabe (II)

- 2. Kriterium: Zu mehr als 80 % für öff AG tätig
 - Reine quantitative Abgrenzung (qualitative Aspekte bleiben unberücksichtigt)
 - Durchschnittlicher Gesamtumsatz der letzten drei Jahre, bei kürzerem Bestehen Schätzung
 - Auch wenn Tätigkeit „im Auftrag“ des beherrschenden öff AG erbracht wird
 - Für Sektorenbereich ausdrücklich vorgesehen; dh Leistungsempfänger kann Allgemeinheit sein
 - Sinngemäß auf klassischen Bereich übertragbar, insb im Bereich der Daseinsvorsorge
- 3. Kriterium: Grundsätzlich keine private Kapitalbeteiligung
 - Nur Anteile, insb Gesellschaftsanteile umfasst
 - Stiller Gesellschafter: Beteiligung an Gewinn und Verlust, erwirbt keine Anteile, keine Einflussmöglichkeit, aber nach Gesetzesmaterialien als Kapitalbeteiligung zu werten
 - Nur direkte Kapitalbeteiligungen relevant (mittelbare Beteiligung zB über öff AG, der seinerseits eine private Kapitalbeteiligung aufweist nicht umfasst)
 - Neu: zulässig sind nicht beherrschende Formen privater Kapitalbeteiligung und private Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch im Einklang mit AEUV stehende gesetzliche Bestimmungen eines Mitgliedstaates vorgeschrieben wurde und keinen ausschlaggebenden Einfluss vermittelt (zB Wasserverband)

Interkommunale Zusammenarbeit (I)

- Interkommunale Zusammenarbeit fällt nicht in Anwendungsbereich des BVergG 2018, wenn (§ 10 Abs 3)
 - der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen beteiligten öff AG begründet oder implementiert, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten öff AG zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können (Z 1),
 - die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen iZm dem öffentlichen Interesse bestimmt wird (Z 2) und
 - die beteiligten öff AG auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen (Z 3).
- Interkommunale Zusammenarbeit mit oder ohne zwischengeschalteten Rechtsträger
 - Mit zwischengeschaltetem Rechtsträger: Voraussetzungen einer In-House-Vergabe sind für vergaberechtsfreie Aufträge zu erfüllen (EuGH 19.4.2007, Rs C-295/05 *Asemfo/Tragsa*)
 - Ohne zwischengeschaltetem Rechtsträger: Kriterium der gemeinsamen Kontrolle fällt weg (EuGH 13.6.2013 Rs C-386/11 *Piepenbock*; 19.12.2012; Rs C-159/11 *Lecce*; 9.6.2009, Rs C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*).

Interkommunale Zusammenarbeit (II)

- Öff AG erbringen gemeinsam öff Dienstleistungen, um ein gemeinsames Ziel zu erreichen (Z 1)
 - Alle Beteiligten haben Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der öff Dienstleistung zu erbringen, der über allfällig vorgesehene Entgeltszahlung hinausgeht; aber: keine äquivalenten Pflichten aller beteiligten öff AG erforderlich
 - Keine Kooperation liegt vor, wenn einer der beteiligten öff AG als reiner Leistungsbeschaffer auftritt
 - Gegenstand der Kooperation: Alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit jenen Aufgaben, die den beteiligten öff AG obliegen. Nicht abschließender Katalog für Gemeinden in Art 118 Abs 3 B-VG
 - ZB: jede beteiligte Gemeinde sammelt Hausmüll in ihrem Gemeindegebiet ein; eine Gemeinde übernimmt die Müllverbrennung, die anderen Gemeinden entrichten dafür Kostenersatz einschließlich eines Betrages für künftige Investitionen in die Müllverbrennungsanlage (EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*)

Interkommunale Zusammenarbeit (III)

- Implementierung der Zusammenarbeit muss ausschließlich durch Überlegungen iZm dem öff Interesse bestimmt sein (Z 2)
 - Durch die Zusammenarbeit darf kein privates Unternehmen besser gestellt werden als seine Mitbewerber (EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11 *Lecce*)
 - Für etwaige Finanztransfers zwischen öff AG dürfen ausschließlich Erwägungen des öff Interesses maßgeblich sein
- Öff AG dürfen Tätigkeiten, die von Zusammenarbeit betroffen sind, bis zu 20 % am freien Markt erbringen (Z 3):
 - Erbringung am Markt liegt nur vor, wenn öff AG im Wettbewerb mit anderen Anbietern steht und kommerzielle Ziele verfolgt
 - Keine Erbringung am Markt: zB Abschluss von Verträgen mit privaten Abnehmern und Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge
 - Berechnungsbasis für die zulässige Betätigung am Markt: wie bei In-House-Vergabe

Besondere Dienstleistungen

- Vergabe besonderer Dienstleistungen (§ 151)
 - Definiert in Anhang XVI
 - Ersetzen bisherige nicht-prioritäre Dienstleistungen
 - Oberschwellenbereich ab EUR 750.000 (§ 12 Abs 1 Z 2)
 - Es gelten nur einzelne Bestimmungen des BVergG 2018 (siehe dazu näher § 151 Abs 1)
 - Im Übrigen freie Gestaltung des Verfahrens, aber grundsätzlich Pflicht zu Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmern (im USB Abstandnahmemöglichkeit, wenn eindeutig kein grenzüberschreitendes Interesse)
 - Direktvergabe bis EUR 100.000, Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bis EUR 150.000 (statt EUR 130.000 sonst)
 - Grds Pflicht zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und Stillhaltefrist 10 Tage (bei nicht-elektronischer Übermittlung 15 Tage)
 - Widerruf der Ausschreibung aus sachlichen Gründen, gesonderte Widerrufsentscheidung mit Stillhaltefrist 10 Tage (bei nicht-elektronischer Übermittlung 15 Tage)

Ausweitung Gründe Verhandlungsverfahren

- Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung weiterhin Ausnahme, aber Ausweitung der Gründe für Zulässigkeit (§ 34)
 - Bedürfnisse des öff AG können nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden (Z 1)
 - Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen (Z 2)
 - Auftrag kann aufgrund konkreter Umstände, die mit seiner Art, Komplexität oder seinen rechtlichen oder finanziellen Bedingungen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden (Z 3)
 - Technische Spezifikationen können vom öff AG nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, europäische technische Bewertung, gemeinsame technische Spezifikation oder technische Bezugsgröße erstellt werden (Z 4)
 - Im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung sind keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur unannehmbare Angebote abgegeben worden (Z 5, hier uU Entfall der Bekanntmachung, wenn Einladung aller Teilnehmer am ursprünglichen Verfahren)

Innovationspartnerschaft (I)

- Neue Verfahrensart: Innovationspartnerschaft
 - Definition (§ 31 Abs 10): Nach öff Aufforderung von unbeschränkter Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen werden ausgewählte geeignete Bewerber zur Abgabe von Angeboten zur Entwicklung einer innovativen Ware, Bau- oder Dienstleistung aufgefordert. Danach wird über Auftragsinhalt (Entwicklung und anschließender Erwerb der daraus hervorgehenden Leistung) verhandelt
 - Zulässig, wenn Bedarf nach innovativer Ware, Bau- oder Dienstleistung, der nicht durch Erwerb von bereits auf Markt verfügbaren Waren, Bau- oder Dienstleistungen befriedigt werden kann (§ 41)

Innovationspartnerschaft (II)

- Ablauf (§§ 118 bis 121)
 - Ziel: Entwicklung am Markt noch nicht verfügbarer Ware, Bau- und Dienstleistung und deren anschließender Erwerb (Wert darf in Bezug auf Investition in Entwicklung nicht unverhältnismäßig sein)
 - Ausschreibung mit präzisen Mindest- und Auswahlkriterien, ob ein oder mehrerer Partner (dann getrennte Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten), Festlegung bzgl Rechte an geistigem Eigentum
 - Verhandlungsverfahren mit Einladung von mindestens drei geeigneten Bewerbern, Zuschlag auf Grund von Erstangebot unzulässig
 - Strukturierung in Phasen (Zwischenziele, Vergütung in Tranchen, Beendigungsmöglichkeit nach jeweiliger Phase)
 - Pflicht des AG zur Vertraulichkeit bei mehreren Partnern, keine Weitergabe von Lösungen an andere Partner
 - Erwerb entwickelter Ware, Bau- oder Dienstleistung nur zulässig, wenn vereinbartes Leistungsniveau und Kostenobergrenze eingehalten (bei mehreren Partnern Auswahlentscheidung für die beste Lösung bzw, wenn in Ausschreibung darauf hingewiesen, die besten Lösungen)

Neue Mindestfristen (I)

■ Mindestfristen im Oberschwellenbereich

- Angebotsfrist (§ 71)
 - Offenes Verfahren: 30 Tage (bisher 52 Tage)
 - Nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (bisher 40 Tage für nicht offenes Verfahren)
 - Im Einvernehmen mit ausgewählten Bewerbern festzulegen (25 Tage für zentrale öff AG)
 - Wenn kein Einvernehmen: mindestens 10 Tage
 - Bei Einvernehmen auch kürzer als 10 Tage möglich
 - Jeweils 5 Tage Verlängerung, wenn Ausschreibungsunterlagen bzw Angebote nicht zur Verfügung gestellt werden bzw einzureichen sind
- Teilnahmeantragsfrist (§ 70)
 - 30 Tage (bisher 37 Tage)
- Verkürzung der Fristen (§§ 73 und 74)
 - bei Vorinformation: auf 15 Tage (offenes Verfahren) bzw 10 Tage (nicht offenes bzw Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung)
 - bei beschleunigtem Verfahren wegen Dringlichkeit: dito, zudem Teilnahmeantragsfrist auf 10 Tage

Neue Mindestfristen (II)

- Mindestfristen im Unterschwellenbereich
 - Angebotsfrist (§ 76)
 - Offenes Verfahren: 20 Tage (bisher 22 Tage)
 - Nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung: 10 Tage (bisher 22 Tage für nicht offenes Verfahren)
 - Teilnahmeantragsfrist (§ 75)
 - 14 Tage (bisher 14 Tage)
 - Fristverkürzung in begründeten Fällen (§ 77)
 - zB Vorinformation, Dringlichkeit, Erwerb allgemein am Markt verfügbarer Waren
 - Gründe schriftlich festzuhalten

Einheitliche Europäische Eigenerklärung

- Möglichkeit des (vorläufigen) Nachweises der Eignung auch durch Einheitliche Europäische Eigenerklärung („EEE“) (§ 80 Abs 2)
 - Für Nachweis der Eignungs- und ggfalls auch Auswahlkriterien
 - Im OSB verpflichtend, im USB kommt statt dessen auch bisher übliche (österreichische) Eigenerklärung in Betracht
 - Vorlage abhängig von E-Vergabe ja oder nein elektronisch oder physisch
 - EEE in EU-VO 2016/7 geregelt, kann insb unter Verwendung der Webseite <https://europa.eu/tools/espd> erstellt werden
 - Verbesserungsfähigkeit fehlerhafter Eigenerklärung anders als nach bisheriger Rsp nun zulässig

Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen

- Zurverfügungstellung der Ausschreibungsunterlagen bei Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (§ 89)
 - Auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig
 - Vollständig: bei zweistufigem Verfahren (nicht offenes bzw Verhandlungsverfahren) sind auch Unterlagen für Stufe 2 sogleich zur Verfügung zu stellen!
 - Öff AG hat in Bekanntmachung Internet-Adresse für Download bekanntzugeben
 - Sobald Bekanntmachung erstmals verfügbar oder Aufforderung zur Interessensbestätigung übermittelt bzw bereitgestellt wurde
 - Keine elektronische Zurverfügungstellung: bei Ausnahmen von E-Vergabe (§ 48 Abs 6) bzw besondere Anforderungen an die Vertraulichkeit der Information vorgeschrieben (§ 27 Abs 3)
- Bereitstellung oder Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen bei Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung (§ 90)
 - Kostenlos elektronisch, Ausnahmen wie bei Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung
 - Wahrung der Vertraulichkeit der Identität der Abrufenden

Bestbieterprinzip bzw Qualitätsaspekte

- Bestangebots- oder Billigstbieterprinzip (§ 91)
 - Pflicht zur Bekanntgabe in Ausschreibungsunterlagen
 - Billigstbieterprinzip nur bei klar und eindeutig definiertem Qualitätsstandard, Bestangebotsprinzip in folgenden Fällen verpflichtend (vgl BVergG 2006-Nov BGBl I 2016/7)
 - Bei Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren bzw bei funktionaler Leistungsbeschreibung
 - Bauaufträge mit geschätztem Auftragswert > EUR 1 Mio
 - Bei Auftragsvergabe in wettbewerblichem Dialog oder Innovationspartnerschaft
 - Neu: Bei Bestangebotsprinzip Ermittlung bestes Preis-Leistungs-Verhältnis über Kostenmodell (life-cycle-cost = neu) oder Zuschlagskriterien (wie bisher)
- Neu: Pflicht zur Verankerung qualitätsbezogener Aspekte (§ 91 Abs 6)
 - In Ausschreibungsunterlagen: in Leistungsbeschreibung, technischen Spezifikationen, Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen bei gewissen Leistungen
 - Unmittelbar personenbezogene besondere Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich
 - Straßenpersonenverkehrsdienste (hier auch soziale Aspekte)
 - Beschaffung von Lebensmitteln, Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen

Subunternehmerleistungen

- Neu: Pflicht zur Bekanntgabe aller Subunternehmer (§ 98 Abs 2)
 - Ausnahme: öff AG darf in Ausschreibung nur aus sachlichen Gründen festlegen, dass nur hinsichtlich der von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrags, bei denen der Bieter Subunternehmer in Anspruch nehmen möchte, die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind
 - Relevant etwa bei Gesamtaufträgen über Planung und Ausführung; Planung müsste abgeschlossen sein, um Subunternehmer für Details der Ausführung angeben zu können
- Neu: öff AG kann in Ausschreibung auch Rückgriff auf Subunternehmer im Einzelfall beschränken, wenn durch Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen (§ 98 Abs 4 Z 2)
- Öff AG kann in Ausschreibung vorsehen, dass bei Nachweis von wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit über Subunternehmer alle betroffenen Unternehmer im Auftragsfall solidarische Leistungserbringung schulden (§ 98 Abs 5)
- Neu: Pflicht des öff AG zur Ablehnung nachträglich namhaft gemachter Subunternehmer, die Eignungskriterien nicht erfüllen und des Unternehmers zur Aktualisierung bekannt gegebener Subunternehmer (§ 363)

Ablauf offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren

- Offenes Verfahren und nicht offenes Verfahren: Keine Angebotsöffnung und Angebotsverlesung im Beisein der Bieter mehr (§ 133)
 - Statt dessen nur mehr kommissionelle Öffnung und Angebotsöffnungsprotokoll
 - Bieteröffentlichkeit müsste in Ausschreibung festgelegt werden
- Verhandlungsverfahren: Klarstellung, dass öff AG Auftrag auf Grundlage von Erstangebot erteilen kann (§ 114 Abs 3)
 - Gilt nur, wenn sich öff AG diese Möglichkeit in Bekanntmachung oder Aufforderung zur Interessenbestätigung vorbehält

BUAK-Baustellendatenbank (I)

- Pflicht zur Eintragung in Baustellendatenbank (§ 367)
 - Inkrafttreten am 1.3.2019, gilt nur für ab dann bekannt gemachte Vergabeverfahren
 - Sinn und Zweck der Regelung: Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping
 - Gilt nur für Bauaufträge iSd § 5 ab Auftragssumme > EUR 100.000,--
 - Auftragssumme hier: Summe aus Gesamtpreis und Umsatzsteuer
 - Bei Abruf von Los aus Rahmenvereinbarung ist auf einzelnes Los abzustellen
 - Nicht umfasst: zB Aufträge über reine Planungsleistungen

BUAK-Baustellendatenbank (II)

- Pflicht des AG zur Einpflegung gewisser Daten bei Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse mittels Webanwendung
 - Unmittelbar nach Zuschlagserteilung bzw Vergabe eines Loses
 - Name und Anschrift von Auftragnehmer
 - Auftragssumme, Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes, Ausführungsort, voraussichtlicher Ausführungsbeginn und voraussichtliche Ausführungsdauer
 - Sofern für einen bestimmten Leistungsteil nur ein Subunternehmer im Angebot angegeben: Name und Anschrift, Kurzbeschreibung von Auftragsgegenstand
 - Pflicht zur Einpflegung erst vor Beginn von Leistungserbringung
 - Sofern für einen bestimmten Leistungsteil mehrere Subunternehmer im Angebot angegeben: Kennzahl des Auftrags, Name und Anschrift des tatsächlich eingesetzten Subunternehmers, Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstands
 - Gleiches gilt für Zustimmung von AG zum Einsatz von im Angebot nicht angegebenem Subunternehmer
 - UU Pflicht zur Ergänzung oder Berichtigung der Eingabe

Nachträgliche Vertragsänderungen (I)

- Kodifizierung und Weiterentwicklung der EuGH-Rsp, insb Urteil in Rs C-454/06 *presstext*
- Wesentliche Änderungen von Verträgen oder Rahmenvereinbarungen („RV“) während Laufzeit nur nach neuerlicher Durchführung eines Vergabeverfahrens (§ 365 Abs 1)
 - Umkehrschluss: **unwesentliche Änderungen zulässig!**
- Wesentliche Änderungen, die neues Vergabeverfahren erfordern (§ 365 Abs 2)
 - Einführung von Bedingungen, die, wenn sie schon für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten
 - die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder
 - die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots ermöglicht hätten oder
 - das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten (Z1)
 - Mit Änderung wird wirtschaftliches Gleichgewicht des Vertrags (der RV) zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben, die ursprünglich nicht vorgesehen war (Z 2)
 - Mit Änderung wird Umfang des Vertrags (der RV) erheblich ausgeweitet oder verringert (Z 3)
 - Neuer Vertragspartner ersetzt ursprünglichen AN außer in dafür vorgesehenen Fällen (Z 4)

Nachträgliche Vertragsänderungen (II)

- Unwesentliche Änderungen, die kein neues Vergabeverfahren erfordern (§ 365 Abs 3)
 - Änderungen der Auftragssumme, wenn
 - relevanter Schwellenwert (§ 12 Abs 1) nicht überschritten wird,
 - die Änderung 10% der Auftragssumme (bzw 15% bei Bauaufträgen) nicht übersteigt und
 - sich Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert; bei mehreren Änderungen Zusammenrechnung (Z 1)
 - Änderungen unabhängig von Wert, wenn klare, präzise und eindeutige Überprüfungsklauseln vorgesehen sind. Überprüfungsklauseln müssen Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen und Optionen sowie zu den Bedingungen für Anwendung enthalten; auch hier darf sich Gesamtcharakter nicht ändern (Z 2)
 - Änderung des Vertragspartners, wenn
 - in eindeutiger Vertragsänderungsklausel vorgesehen,
 - Vertragseintritt durch geeigneten Unternehmer bei Umstrukturierung (inkl Insolvenz uä) und keines sonst wesentliche Änderung bzw Umgehung, oder
 - AG übernimmt selbst Verpflichtungen von AN ggüber Subunternehmer (Z3)
 - Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert als unwesentliche Änderungen anzusehen sind (Z 4)
 - Zusätzliche Leistungen erforderlich und Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich oder mit bedeutenden Zusatzkosten verbunden (Z 5)
 - Änderung wegen Umständen nötig, die auch für sorgfältigen AG nicht vorhersehbar waren, und Gesamtcharakter ändert sich nicht (Z 6)

Nachträgliche Vertragsänderungen (III)

- Unwesentliche Änderungen, die kein neues Vergabeverfahren erfordern (§ 365 Abs 3)
 - Bei zusätzlichen Leistungen bzw nicht vorhersehbaren Umständen (Z 5 und 6)
 - Darf jede zusätzliche Leistung 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags nicht überschreiten (uU mehrmals möglich, doch dürfen aufeinanderfolgende Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, das BVergG 2018 zu umgehen)
 - Sind im OSB Änderungen nach §§ 61 und 62 bekannt zu machen (§ 365 Abs 4)
 - Berücksichtigung der Inflation bei Änderungen der Auftragssumme, zusätzlichen Leistungen bzw nicht vorhersehbaren Umständen iSd § 365 Abs 3 Z 1, 5 und 6 (§ 365 Abs 6)
 - Bei Indexierungsklausel in Vertrag gilt diese
 - Bei Fehlen einer Indexierungsklausel in Vertrag gilt durchschnittliche Inflationsrate in Österreich

Pflicht zur Vertragsbeendigung

- Pflicht des öff AG zur unverzüglichen Vertragsbeendigung (§ 366)
 - wenn der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auszuschließen gewesen wäre oder
 - der Vertrag auf Grund einer schweren Verletzung von Verpflichtungen gemäß dem AEUV oder den EU-Vergabevorschriften, die der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren festgestellt hat, nicht an Auftragnehmer vergeben werden hätte dürfen

Was sonst noch relevant ist

- Stärkung der Zulässigkeit sekundärer Vergabeziele wie sozialer Aspekte (insb § 20)
- Vorherige Erkundung des Marktes jetzt ausdrücklich zulässig (§ 24)
 - Aber: keine Verzerrung von Wettbewerb und Wahrung der Grundsätze des Vergabeverfahrens
- UU Vorinformation statt vorheriger Bekanntmachung (§ 57 Abs 2 und 3)
 - Bei besonderen Dienstleistungen oder wenn öff AG, der keine zentrale Beschaffungsstelle ist, Auftrag in nicht offenem Verfahren und Verhandlungsverfahren vergeben will
 - Vorinformation gilt grds ein Jahr
- Neue Ausschlussgründe (§ 78 Abs 1)
 - Erhebliche oder dauerhafte Mängel bei früherem Auftrag desselben öff AG, wenn dieser vorzeitig beendet wurde oder Schadenersatz oder vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen hat
 - Schwerwiegende Täuschung bzw nicht ordnungsgemäße Auskunftserteilung bzgl Eignung
- Wirkung der Ausschlussgründe (§ 83 Abs 5)
 - Bei Verurteilungen (§ 78 Abs 1 Z 1): fünf Jahre
 - Sonst: drei Jahre (bei Abgaben- und SV-Beitragsschulden Heilung schon durch Nachzahlung)
- EU-RL: Keine Pflicht, Eignungsprüfung vor Angebotsreihung vorzunehmen bzw ohnehin ungeeignete Angebote förmlich auszuschneiden

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (I)

- Elektronische Vergabe (§§ 48, 49)
 - E-Vergabe: Kommunikation durch elektronische Mittel zwischen öff AG und Unternehmer in allen Verfahrensstufen, einschließlich Übermittlung von Teilnahmeanträgen und Angeboten
 - Im Oberschwellenbereich verpflichtend (§ 48 Abs 2)
 - Für zentrale Beschaffungsstellen seit 21.8.2018
 - Für andere öff AG wie insb Gemeinden, Gemeindeverbände ab 18.10.2018
 - Im Unterschwellenbereich Wahlfreiheit
 - Von Pflicht nicht erfasst: interne Vorgänge wie Verarbeitung bzw Bewertung der Angebote, interne Kommunikation des öff AG sowie Vorgänge nach Auftragsvergabe
 - Keine Pflicht zu elektronischem Vergabeakt!

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (II)

- Festlegung der Anforderungen an elektronische Kommunikation durch öff AG in Ausschreibung (§ 48 Abs 3)
 - Angabe der Website, wo Informationen iZm Durchführung des Vergabeverfahrens bereitgestellt werden, bzw Angabe von Plattform, über die Vergabeverfahren abgewickelt wird
 - Pflicht von Unternehmer zur Bekanntgabe von elektronischer Adresse bekanntzugeben, an die öff AG Unterlagen und Informationen rechtsgültig übermitteln kann
- Form der Kommunikation (§ 48 Abs 4)
 - Unternehmer hat Informationen elektronisch zu übermitteln
 - Öff AG kann Informationen elektronisch übermitteln oder bereitstellen (im letzteren Fall Pflicht des öff AG zur Verständigung von Unternehmer)
 - Informationen gelten als übermittelt, wenn in elektronischen Verfügungsbereich von Empfänger gelangt
 - Informationen gelten als bereitgestellt, wenn für Empfänger tatsächlich abrufbar (nicht zwingend ident mit Zeitpunkt der Verständigung: bei passwortgeschützten Zugängen zB erst mit Übermittlung von Passwort)
 - Risikotragung von Unternehmer allerdings, dann wenn Fehler in seiner elektronischen Sphäre

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (III)

- **Fristgebundene Kommunikationsmittel (§ 48 Abs 8)**
 - UU Pflicht des öff AG zur Verlängerung von Fristen, wenn für Vergabeverfahren verwendeter Server nicht durchgehend empfangsbereit
 - Pflicht zur Mitteilung an alle Bewerber/Bieter bzw, wenn nicht möglich, Bekanntmachung in geeigneter Form
 - Im Übrigen:
 - Angebot reist auf Gefahr des Bieters; „Serverüberlastung“ iZm nicht rechtzeitiger Absendung geht zu Lasten des Bewerbers/Bieters
 - Angebot gilt als zugegangen, wenn in den Machtbereich des öff AG gelangt (Kenntnisnahme)
- **Öff AG hat Integrität der Daten bei seiner gesamten elektronischen Kommunikation in seinem elektronischen Verfügungsbereich zu gewährleisten (§ 48 Abs 9)**

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (IV)

- **Ausnahmen von Pflicht zu elektronischer Kommunikation (§ 48 Abs 6)**
 - Aufgrund der besonderen Art des Auftrags/Wettbewerbs (Z 1) bzw zum Schutz besonders sensibler Daten (Z 6) sind nicht allgemein verfügbare Anwendungen erforderlich
 - Anwendung zur Beschreibung des Angebots bzw der Wettbewerbsarbeit verwendet spezielles Dateiformat oder ist durch besondere Lizenzen geschützt (Z 2; zB Softwareformate von Architekturprogrammen)
 - Erfordernis spezieller Bürogeräte, die für öff AG nicht allgemein verfügbar sind (Z 3)
 - Physische und maßstabsgetreue Modelle verlangt (Z 4)
 - Sicherheit der elektronischen Kommunikation nicht gewährleistet (Z 5)
- **Mündliche Kommunikation zulässig (§ 48 Abs 7)**
 - Soweit keine wesentlichen Bestandteile des Vergabeverfahrens betroffen und Inhalt ausreichend dokumentiert
 - Jedenfalls elektronisch zu kommunizieren: Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, Teilnahmeantrag, Interessensbestätigung, Angebot, Wettbewerbsarbeit

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (V)

- Diskriminierungsverbot: Verbot der Vorschreibung nicht allgemein verfügbar bzw kompatibler Kommunikationsmittel (§ 48 Abs 5)
- Aber: öff AG kann Verwendung von Instrumenten und Vorrichtungen vorschreiben, die nicht allgemein verfügbar sind, wenn er sog „alternativen Zugang“ anbietet (§ 48 Abs 10), insb
 - Kostenloser, direkter, uneingeschränkter und vollständiger Zugang zu Instrumenten und Vorrichtungen, die nicht allgemein verfügbar sind, ab Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung bzw Absendung der Interessenbestätigung
 - Gewährleistung von Zugang zum Vergabeverfahren mittels provisorischer, unentgeltlicher und online verfügbaren Token (= Hilfsmittel zur Identifizierungen und Authentifizierung)
 - Alternativer Kanal für elektronische Kommunikation

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (VI)

- Anforderungen an Instrumente und Vorrichtungen für elektronische Übermittlung und Empfang von Angeboten, Wettbewerbsarbeiten und Teilnahmeanträgen (§ 48 Abs 11)
 - Müssen Anforderungen nach Anhang V entsprechen
 - Informationen über Spezifikationen für elektronischen Übermittlung (inkl Verschlüsselung und Zeitstempel) müssen Unternehmer zugänglich sein
 - Nutzung von Instrumenten für die Gebäudedatenmodellierung („BIM“) kann vorgeschrieben werden, wenn alternativer Zugang angeboten
 - BIM: softwarebasierte Planungsmethode, die durch eingesetzte Software-Tools mehrdimensionale Planungsergebnisse erzeugt
 - Digitale Abbildung der wesentlichen architektonischen, technischen, physikalischen und funktionalen Eigenschaften eines Bauwerks in einem zentralen Datenmodell
 - Bauprojekt vor Baubeginn in hohem Detaillierungsgrad darstellbar

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (VII)

- Pflicht zur Verwendung von qualifizierter elektronischer Signatur, qualifiziertem elektronischen Siegel oder Amtssignatur bzw Übermittlung so, dass Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der Datensätze gleichwertig gewährleistet (§ 48 Abs 12)
 - Bei Übermittlung von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, Teilnahmeanträgen, Angeboten, Wettbewerbsarbeiten sowie Auftragsbestätigungen
 - Auch bei Eigenerklärung von notwendigem Subunternehmer iZm Angebot oder Teilnahmeantrag
- Elektronische Kommunikationsplattformen
 - System, das die gesamte Kommunikation bei der Durchführung des Vergabeverfahrens abwickelt; zB „Provia“ von ÖBB und Asfinag, Plattform der BBG, ANKÖ eVergabe+, vemap
 - LReg kann durch VO bestimmte elektronische Kommunikationsplattform verpflichtend festlegen sowie technische Anforderungen zur Sicherstellung des Datenaustausches zwischen elektronischen Kommunikationsplattformen festlegen (§ 48 Abs 13)

Verpflichtende E-Vergabe für Gemeinden (VIII)

- Pflicht des öff AG zur Dokumentation aller wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge iZm Vergabeverfahren (§ 49)
 - Bezieht sich nur auf Dokumentation des Vergabeverfahrens
 - ZB Gründe für die Wahl von besonderen Vergabeverfahren
 - Ausdrücklich: Mitwirkung von Dritten an Vorbereitung von Ausschreibung
 - Aufbewahrungsfrist: mindestens 3 Jahre ab Zuschlagserteilung
 - Empfohlen: Aufbewahrung der Dokumentation bis Auftrag zur Gänze erfüllt, Rahmenvereinbarung ausgeschöpft etc (wichtig zB bei Überprüfungen durch Rechnungshof)
 - UU weitergehende Aufbewahrungspflichten nach anderen Vorschriften, zB §§ 131 und 132 BAO
 - Bei ausschließlich elektronisch erstellten oder übermittelten Dokumenten
 - Pflicht zur Kennzeichnung und Speicherung gemäß § 49 Abs 2 unter Wahrung der Integrität der Daten
 - Nachträgliches Verändern von Inhalt, Zeitpunkt des Verfassens, Absendens bzw Einlangens bei öff AG muss erkennbar sein

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

RA Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider

christian.schneider@bpv-huegel.com

bpv legal



bpv Jádi Németh
 Vörösmarty tér 4
 HU-1051 Budapest
 Tel. +36 1 429 4000
 Fax +36 1 429 4001
budapest@bpv-jadi.com
www.bpv-jadi.com



bpv Grigorescu Stefanica
 33 Dionisie Lupu Street
 RO-020021 Bukarest
 Tel. +40 21 264 16 50
 Fax +40 21 264 16 60
office@bpv-grigorescu.com
www.bpv-grigorescu.com



bpv Hügel Rechtsanwälte
 Rond Point Schuman 9
 Postfach 14 / 4. Stock
 BE-1040 Brüssel
 Tel. +32 2 286 81 10
 Fax +32 2 286 81 18
brussels@bpv-huegel.com
www.bpv-huegel.com



bpv Braun Partners
 Ovocný trh 8
 CZ-110 00 Prag 1
 Tel. +420 224 490 000
 Fax +420 224 490 033
prag@bpv-bh.com
www.bpv-bh.com



bpv Hügel Rechtsanwälte
 Donau-City-Straße 11, ARES-
 Tower
 AT-1220 Wien
 Tel. +43 1 260 50 0
 Fax +43 1 260 50 133
wien@bpv-huegel.com
www.bpv-huegel.com



bpv Braun Partners
 Europeum Business Center
 Suché myto 1
 SK-811 03 Bratislava
 Tel. (+421) 233 888 880
 Fax. (+421) 2 20 910 844
bratislava@bpv-bpv.com
www.bpv-bh.com