

BVERGG NEU: WICHTIGSTE ÄNDERUNGEN FÜR GEMEINDEN

8.4.2019



WOLF THEISS

RA Mag. Manfred Essletzbichler

RA Mag. Sebastian Oberzaucher

THEMENÜBERSICHT

- Möglichkeiten zur direkten Beauftragung (In-House-Vergabe, öffentlich-öffentliche Kooperation)
- Sonderregime für "besondere Dienstleistungen"
- Verpflichtende E-Vergabe
- Bestbieterprinzip
- Was ist erlaubt nach Zuschlagserteilung? Reichweite erlaubter Vertragsänderungen und Zusatzaufträge
- Erweiterung der Dokumentationspflichten – Vergabeakt neu

IN-HOUSE-VERGABE (1)

- In-House-Vergabe wird **neu definiert** und Anwendungsbereich **erweitert**
- gem § 10 (§ 179) Abs 1 Z 1 BVergG 2018 zulässig, wenn
 - 1) der öffentliche Auftraggeber über den Rechtsträger eine ähnliche **Kontrolle ausübt**, wie über seine Dienststellen
 - **Kontrolle: ausschlaggebender Einfluss** sowohl auf die **strategischen Ziele** als auch auf die **wesentlichen Entscheidungen** des kontrollierten Rechtsträgers
 - Ausübung der Kontrolle auch durch anderen Rechtsträger möglich, der vom öffentlichen AG kontrolliert wird → auch **indirekte** Kontrolle!

IN-HOUSE-VERGABE (2)

- 2) **mehr als 80% der Tätigkeit** des kontrollierten Rechtsträgers für den kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber erfolgt
 - **Lockerung** des Wesentlichkeitskriteriums gegenüber EuGH-Judikatur (bisher mindestens 90%)
 - maßgeblich ist grundsätzlich der durchschnittliche Gesamtumsatz

- 3) und **keine direkte private Kapitalbeteiligung** am kontrollierten Rechtsträger besteht
 - **indirekte** private Kapitalbeteiligungen sind aber **zulässig**
 - stille Beteiligungen sind **unzulässig** (laut Gesetzesmaterialien)

IN-HOUSE-VERGABE (3)

- In-House-Vergabe gem § 10 (§ 179) Abs 1 Z 2 BVergG 2018 nunmehr auch zulässig für
 - Vergaben von Tochtergesellschaften an die kontrollierende Muttergesellschaft ("bottom-up") und
 - Vergaben zwischen "Schwestergesellschaften" desselben kontrollierenden öffentlichen Auftraggebers
- Kontrolle über den Rechtsträger kann auch von mehreren öffentlichen Auftraggebern gemeinsam ausgeübt werden
 - beschlussfassende Organe des kontrollierten Rechtsträgers müssen sich aus Vertretern sämtlicher beteiligten öffentlichen AG zusammensetzen
 - die beteiligten öffentlichen AG müssen gemeinsam ausschlaggebenden Einfluss auf den Rechtsträger ausüben

ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHE KOOPERATION (1)

- **Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern** unterliegen gem § 10 (§ 179) Abs 3 BVergG 2018 dann nicht dem BVergG, wenn **kumulativ**
 - 1) der Vertrag eine **Zusammenarbeit** zwischen den beteiligten öff AG begründet, die sicherstellt, dass von den beteiligten öff AG **zu erbringende öffentliche Dienstleistungen** im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele **ausgeführt** werden können,
 - laut Erwägungsgrund 33 zur RL müssen **alle beteiligten öff AG** einen **Beitrag zur gemeinsamen Ausführung** der öff DL leisten, der aber **nicht** in der Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten bestehen muss
 - **Aber kein bloßer Austausch von Leistung gegen Entgelt!**

ÖFFENTLICH-ÖFFENTLICHE KOOPERATION (2)

- 2) die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem **öffentlichen Interesse** bestimmt ist und
- 3) die beteiligten öffentlichen AG auf dem offenen Markt nur **weniger als 20%** der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen
 - maßgeblich ist **durchschnittlicher Gesamtumsatz** der letzten drei Jahre oder geeigneter alternativer Wert
 - wenn Daten noch nicht für drei Jahre vorliegen oder aufgrund einer Umstrukturierung nicht mehr relevant sind, genügt es, wenn Ermittlung des Anteils etwa durch **Prognosen** über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird

SONDERREGIME FÜR BESONDERE DIENSTLEISTUNGEN (1)

- § 151 (§ 312) – neue Kategorie der *besonderen Dienstleistungsaufträge* anstelle bisheriger Einteilung in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen
 - für diese gilt BVergG 2018 nur sehr eingeschränkt
 - zB Auftragswertberechnung, Verfahrensgrundsätze (eingeschränkt), Rechtsschutz etc
 - **freie** Verfahrensgestaltung (**kein** Zwang zu gesetzlichen Verfahrenstypen)
 - Dienstleistungen finden sich in **Anhang XVI** zum BVergG 2018 zB
 - Dienstleistungen im **Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich**
 - Dienstleistungen im **juristischen Bereich**
 - Dienstleistungen der **Verwaltung und für die öffentliche Verwaltung**

SONDERREGIME FÜR BESONDERE DIENSTLEISTUNGEN (2)

- Verfahren für Vergabe besonderer Dienstleistungen:
 - im **OSB** Verfahren mit vorheriger **Bek** mit **mehreren Unternehmen** (**Schwellenwert** für OSB bei **EUR 750.000** / im Sektor **EUR 1 Million**)
 - entspricht hinsichtlich Bekanntmachungsverpflichtung fast der Regelung bei allgemeinen Dienstleistungen
 - Regime jedenfalls **strenger** als bisher bei nicht prioritären DL!
 - im **USB** **grundsätzlich** Verfahren mit vorheriger **Bekanntmachung** mit **mehreren Unternehmen** (Einzelfallbetrachtung)
 - **aber keine Bekanntmachung** erforderlich, sofern kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag
 - Regime **ähnlich** der bisherigen Rechtslage
 - **Direktvergabe** zulässig bis **EUR 100.000/EUR 150.000** (Sektor)
 - **Direktvergabe mit vorheriger Bek** zulässig bis **EUR 150.000/EUR 200.000** (Sektor)

VERPFLICHTENDE E-VERGABE

- E-Vergabe seit 18. Oktober 2018 im OSB grundsätzlich **verpflichtend**
 - **Kommunikation** zwischen AG und den Unternehmen und **Angebotsabgabe** bei Verfahren **im OSB nur mehr elektronisch**
 - **E-Signatur** für **AG** weiterhin nur bei **Übermittlung** von AUL (nicht bei Bereitstellung), Bieter müssen Angebote, Teilnahmeanträge, Wettbewerbsarbeiten und Gegenschlussbriefe elektronisch signieren
- § 89 (§ 260) BVergG 2018 verlangt die Verfügbarkeit von Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf **elektronischem** Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig, **sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist**
- Was gilt in **zweistufigen Verfahren?**
- **Identität der Unternehmer**, die Verfahrensunterlagen downloaden, ist vor mit dem Verfahren betrauten Mitarbeitern des AG und vergebender Stelle geheim zu halten (bis Teilnahmeantrags- / Angebotsöffnung)

BEKANNTMACHUNGEN UND BEKANNTGABEN

- Regelung seit 1. März 2019:
 - **Bekanntmachungen** und **Bekanntgaben vergebener Aufträge** sowohl im USB als auch im OSB verpflichtend über <https://www.data.gv.at> (USB-Bekanntgaben nur im Vollziehungsbereich des Bundes);
 - AG hat der Plattform <https://www.data.gv.at> **Metadaten** der Kerndaten bereitzustellen und darin auf die Kerndaten zu verweisen (geschieht im Normalfall über eTendering-Plattform)
 - Gleichzeitig hat **das Unternehmensserviceportal** Kerndaten in les- und suchbarer Weise kostenlos, uneingeschränkt und vollständig anzubieten und einmal täglich zu aktualisieren
 - Bekanntmachung auf <https://www.data.gv.at> darf nicht vor der unionsweiten Bekanntmachung erfolgen
 - **Keine Verpflichtung zur Bekanntgabe** vergebener Aufträge bei Auftragswert < EUR 50.000 bzw Abruf aus Rahmenvereinbarung mit Auftragswert < EUR 50.000

BESTBIETERPRINZIP (1)

- **Bestbieterprinzip** ist von **klassischen AG** gem § 91 Abs 5 BVergG 2018 zwingend anzuwenden
 - bei **Dienstleistungen**, die im **Verhandlungsverfahren gem § 34 Z 2 bis 4** BVergG 2018 vergeben werden sollen (Z 1)
 - Auftrag umfasst **konzeptionelle oder innovative Lösungen**
 - Auftrag kann aufgrund **konkreter Umstände** nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden
 - technische Spezifikationen können **nicht mit ausreichender Genauigkeit** durch Verweis auf Normen festgelegt werden
 - wenn die **Leistungsbeschreibung im Wesentlichen funktional** erfolgt (Z 2)
 - bei **Baufträgen** mit geschätzten Auftragswert \geq **EUR 1 Mio** (Z 3)
 - bei Auftragsvergabe im Weg eines **wettbewerblichen Dialoges** (Z 4)
 - bei Auftragsvergabe im Weg einer **Innovationspartnerschaft** (Z 5)
- **Billigstbieterprinzip nur zulässig**, wenn Qualität durch den öffentlichen AG in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist (zB standardisierte Leistungen im Straßenbau)

BESTBIETERPRINZIP (2)

- **"Qualitätssicherungsmodell"** (neu): bei der Vergabe folgender Leistungen haben klassische AG gem § 91 Abs 6 BVergG 2018 **qualitätsbezogene Aspekte** bei der Leistungsbeschreibung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien **oder** der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages **festzulegen**:
- unmittelbar **personenbezogene** besondere DL im **Gesundheits- und Sozialbereich** gemäß Anhang XVI (Z 1)
 - Verkehrsdienste im öffentlichen **Straßenpersonenverkehr** gemäß dem ÖPNRV-G 1999 (Z 2)
 - Beschaffung von **Lebensmitteln** (Z 3)
 - **Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen** (Z 4)

BESTBIETERPRINZIP (3)

- **Bestangebotsprinzip** ist von **Sektoren-AG** gem § 262 Abs 4 BVergG 2018 zwingend (ausschließlich) anzuwenden bei Vergaben
 - bei **Baufträgen** mit einem geschätzten Auftragswert \geq **EUR 10 Mio** (Z 1);
 - im Weg eines **wettbewerblichen Dialogs** (Z 2) und
 - im Weg einer **Innovationspartnerschaft** (Z 3)
- **Billigstbieterprinzip** ist auch hier nur **zulässig**, wenn Qualität durch den öffentlichen AG in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist
- **"Qualitätssicherungsmodell"** ist im Sektorenbereich weitestgehend ident mit dem klassischen Bereich (zusätzlich dann verpflichtend, wenn die **Leistungsbeschreibung im Wesentlichen funktional** erfolgt)

VERTRAGSÄNDERUNGEN UND ZUSATZAUFTRÄGE (1)

- § 365 BVergG 2018: Vertragsänderungen während Laufzeit
- **Wesentliche Vertragsänderungen** nur nach erneuter Durchführung eines **Vergabeverfahrens** zulässig
 - Generalklausel Abs 1: wesentliche Änderung = Vertrag unterscheidet sich danach erheblich vom ursprünglichen Vertrag, insb (laut EB)
 - Absicht der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bedingungen
 - Mögliche Beeinflussung des Ergebnisses der AU
 - **demonstrativer Katalog wesentlicher Änderungen** in Abs 2
 - Einführung **neuer Bedingungen**, die die Zulassung **anderer Bewerber**, die Annahme eines **anderen Angebotes** oder eine **Erweiterung des Bieterkreises** bewirkt hätten (Z 1)
 - im Vertrag ursprünglich nicht vorgesehene **Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des AN** (Z 2)
 - erheblicher **Ausweitung oder Verringerung** des Vertragsumfanges (Z 3)
 - **Wechsel** des Auftragnehmers (Z 4) **Achtung: Ausnahmetatbestände** gem § 365 Abs 3 Z 3!
 - **Achtung: Katalog nur **demonstrativ!****

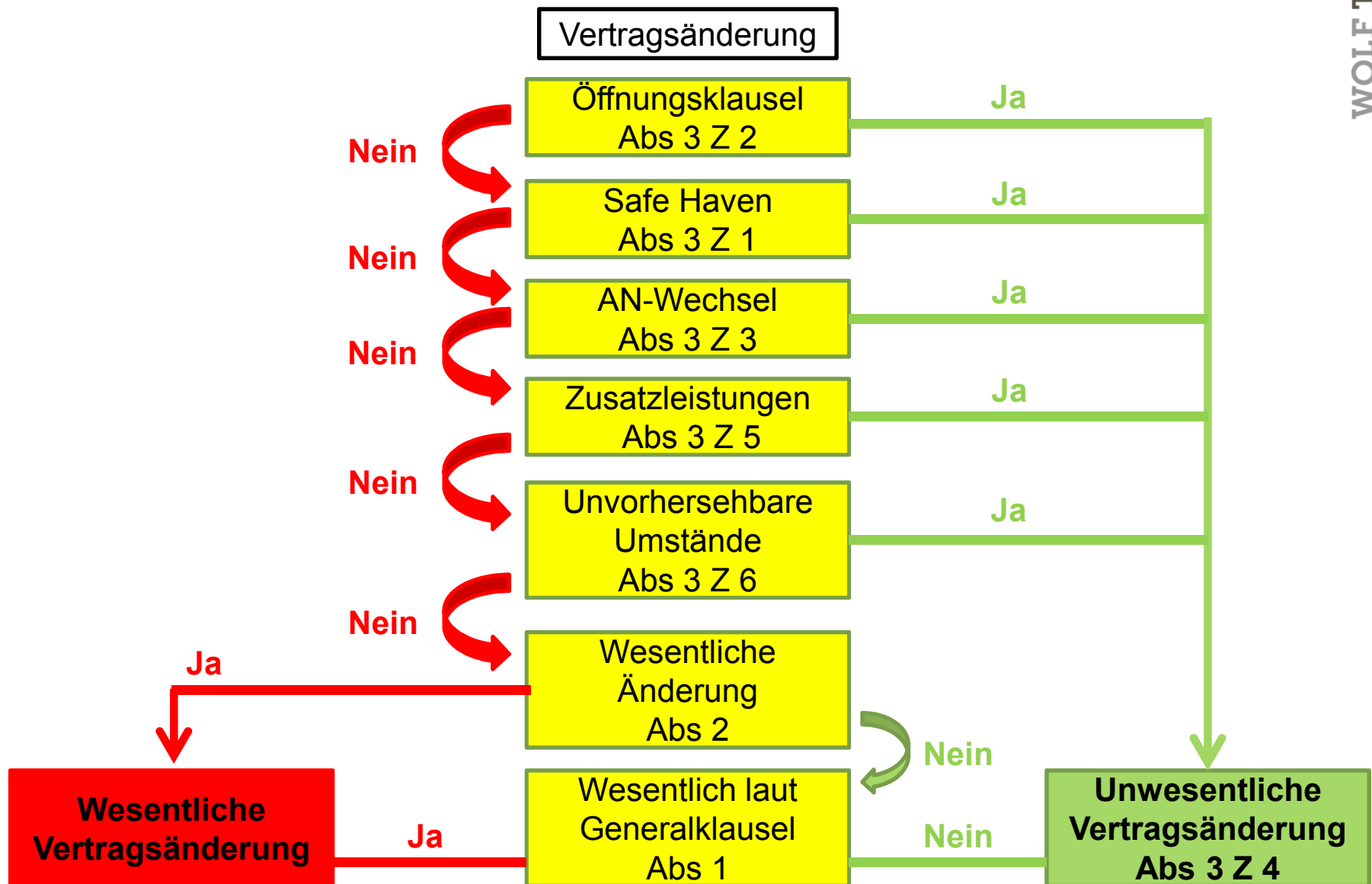
VERTRAGSÄNDERUNGEN UND ZUSATZAUFTRÄGE (2)

- **taxativer Katalog** unwesentlicher Änderungen § 365 Abs 3 BVergG 2018 – unwesentlich auch, wenn einer der in Abs 2 genannten Fälle vorliegt:
- **Änderungen der Auftragssumme**, sofern Wert der Änderung
 - **Schwellenwerte** für OSB und
 - **10%** (bei Liefer- und DL) bzw **15%** (bei Bau) der ursprüngl Auftragssumme **nicht übersteigt** + keine Änderung Gesamtcharakter (Z 1, "Safe Haven"-Klausel)
 - Änderungen, die unabhängig von Wert in den AUL in **klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln oder Optionen** vorgesehen sind (Z 2) und den Gesamtcharakter nicht ändern
 - **Auftragnehmer-Wechsel** aufgrund (Z 3): alternativ
 - eindeutig formulierter **Überprüfungsklausel oder Option** (lit a)
 - **Unternehmensumstrukturierung** (inkl Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz), sofern keine weiteren wesentlichen Vertragsänderungen und nicht Zweck der Umgehung (lit b)
 - des Umstands, dass **AG selbst** die Verpflichtungen des AN gegenüber dessen Subunternehmern übernimmt (lit c)
 - Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert **nicht als wesentliche Änderung** anzusehen sind (Z 4)

VERTRAGSÄNDERUNGEN UND ZUSATZAUFTRÄGE (3)

- erforderlich gewordene, nicht in AUL vorgesehene **Zusatzleistungen** des Auftragnehmers, wenn ein AN-Wechsel
 - aus **wirtschaftl oder techn Gründen** nicht erfolgen kann, und
 - für AG mit **erhebl Schwierigkeiten oder beträchtl Zusatzkosten** verbunden wäre (Z 5)
- Vorliegen der Voraussetzungen, dass
 - Änderung aufgrund von **Umständen** erforderlich wurde, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender AG **nicht vorhersehen konnte, und**
 - **Gesamtcharakter** des Auftrags sich **nicht ändert** (Z 6)
- in beiden Fällen (Z 5 und Z 6) **zusätzlich**:
 - Gesamtwert der Zusatzleistungen darf **50%** des ursprüngl Auftragssumme nicht übersteigen (öff AG)
- im **OSB** sind Vertragsänderungen gemäß **Z 5 oder 6** vom AG **bekanntzumachen**
- Indexierung der Auftragswerte für Berechnung der Auftragssumme gemäß Z 1, 5 u 6 laut Indexklausel in Vertrag oder VPI (Abs 5)

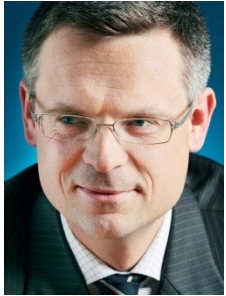
PRÜFSCHEMA VERTRAGSÄNDERUNGEN



ERWEITERUNG DER DOKUMENTATIONSPFLICHTEN

- Spezifische Dokumentationspflichten generell nur leicht **erweitert**
 - an vielen Stellen des Gesetzes verstreute Dokumentationspflichten vorgesehen, zB § 28 (Gesamtvergabe), § 46 / § 213 (Direktvergaben), § 123 (Prüfung Teilnahmeanträge), § 140 (Angebotsprüfung), § 150 / § 311 (Widerruf) etc
 - Nicht wesentlich **erhöhter Aufwand** für AG
- **zukünftig**: Generalklausel → AG hat gem **§ 49 (§ 218) BVergG 2018** zu dokumentieren:
 - alle **wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge** im Zusammenhang mit Verfahren
 - so ausreichend, dass sie nachvollzogen werden können
 - jede **Mitwirkung von Dritten** an der Vorbereitung der Ausschreibung
- Dokumentation für mind **drei Jahre** ab Zuschlagserteilung **aufzubewahren** – bei elektronischen Dokumenten: **Datenintegrität** muss gewahrt bleiben!
- **Vertrag** vom AG gem § 364 BVergG 2018 für die **Dauer seiner Laufzeit** aufzubewahren

DANKE FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT!



Manfred Essletzbichler
Partner

Tel.: +43 1 515 10 5350
manfred.essletzbichler@wolftheiss.com



Sebastian Oberzaucher
Partner

Tel.: +43 1 515 10 5350
sebastian.oberzaucher@wolftheiss.com

WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & CO KG
Schubertring 6
1010 Wien
www.wolftheiss.com

Für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Präsentation wird keine Haftung übernommen. Insbesondere kann diese Präsentation keine Beratung im Einzelfall ersetzen.

REGULATORY &
PROCUREMENT