

Inhouse-Seminar

Bundesvergabegesetz 2018

RA Dr. Ralf D. Pock
Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

16. Oktober 2019

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH 1

Seminarinhalt

- Erkundung des Marktes
- Definition von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen
- Schwellenwerte im Ober- und Unterschwellenbereich
- Ermittlung des geschätzten Auftragswertes
- Vergabe von Losen samt Kleinlos-Regelungen
- Überblick über die wichtigsten Verfahrensarten
- Überblick zu den Fristen
- Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien
- Billigstbieter- versus Bestbieterprinzip
- Vergabe von Subunternehmer-Leistungen
- Mitteilung der Zuschlagsentscheidung
- Ausschreibungspflichten bei Vertragsänderungen

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH 2

Markterkundung vor Verfahrenseinleitung

- vor Verfahrenseinleitung kann Markterkundung durchgeführt und potentiell interessierte Unternehmen über geplantes **Vorhaben** und **Anforderungen** informiert werden (§§ 24, 197)
- Informationen der Markterkundungen können für Planung und Durchführung des **Verfahrens** genutzt werden
- keine Wettbewerbsverzerrung und Verstoß gegen Vergaberechtsgrundsätze

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH 3



Auftragsarten

Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich umfassen immer eine der drei folgenden Auftragsarten

- Lieferauftrag
- Bauauftrag
- Dienstleistungsauftrag

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

4



Lieferauftrag

Erwerb von Waren („bewegliche Sachen“) einschließlich von Nebenarbeiten (Verlegen, Installation etc) unabhängig vom Rechtsgeschäft

- Kauf
- Leasing
- Miete
- Pacht
- Ratenkauf

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

5



Baufauftrag

- **Bauleistungen** (§ 5 Z 1)
 - Ausführung oder Ausführung und Planung
 - Bauleistungen gemäß **Anhang I** (Erdbewegungsarbeiten, HT-Installationen, Abbrucharbeiten, Bohrungen etc)
- **Bauvorhaben** (§ 5 Z 2)
 - **Bauwerke:** Gesamtheit von Hoch- und/oder Tiefbauarbeiten mit einer wirtschaftlich/technischen Funktion (Gebäude, Straße, Bauabschnitt einer Straße, Brücke etc)
 - **andere Bauleistungen:** Revitalisierungen, Umbauten, Instandsetzungen, Reparaturen etc

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

6





Bauftrag

- Erbringung von Bauleistungen durch Dritte

§ 5 Z 3: „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt, sofern der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.“
- Einschränkung neu eingefügt durch BVergG 2018
- Beispiele: Immobilienleasing, Bauträgervertrag, PPP-Projekt

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

7





Dienstleistungsauftrag

- Dienstleistungsauftrag als **Auffangtatbestand**: jeder Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers, der kein Liefer- oder Bauauftrag ist
- Einführung besonderer Vorschriften für **soziale und andere besondere Dienstleistungen** (§ 151, Anhang XVI)
 - umfassender Gestaltungsspielraum
 - Direktvergabe bis € 100.000
 - Direktvergabe mit Bekanntmachung bis € 150.000
 - EU-Schwellenwert ab € 750.000 (Sektoren ab € 1 Mio)
 - möglicher Vorbehalt für partizipatorischer Organisationen (§ 152: Gemeinwohl, Re-Investition von Gewinnen, partizipatorische Organisationsstruktur)

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

8





Oberschwellenbereich

- Inkrafttreten der EU-Verordnung seit **1.1.2018** (unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten)
- Oberschwellenbereich für klassische Auftraggeber

Lieferauftrag	€ 221.000	(alt € 209.000)
Bauftrag	€ 5.548.000	(alt € 5.225.000)
Dienstleistungsauftrag	€ 221.000	(alt € 209.000)

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

9





Unterschwellenbereich

- **Schwellenwertverordnung 2018** des Justizministers für den **Unterschwellenbereich**
- **Dauer der zeitlichen Geltung** derzeit bis **31.12.2020**
 - **Direktvergabe** € 100.000
 - **Nicht offenes Verfahren oB für Bauauftrag** € 1 Mio
 - **Nicht offenes Verfahren oB für Lieferung und Dienstleistung** € 100.000
 - **Verhandlungsverfahren oB** € 100.000

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

10





Ermittlung des Auftragswertes

- **Schwellenwerte**
 - entscheiden darüber, welche **Vergabebestimmungen** im Detail anwendbar sind
 - entscheiden über **europaweite** oder **österreichweite** Ausschreibungspflicht
- **Maßstab** ist der **geschätzte Auftragswert ...**

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

11





Ermittlung des Auftragswertes

- **Auftragswert** allgemeine Berechnungsregeln
 - **geschätzter Auftragswert**
 - **sachkundige Ermittlung** (allenfalls Beiziehung von SV)
 - **Schätzung nach Erfahrungswerten**
 - **Dokumentation** der Ermittlung des Auftragswertes vor Einleitung des Verfahrens im Vergabeakt

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

12



LAND

OBERÖSTERREICH



Er

sternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

Ermittlung des Auftragswertes

- Baufträge:** für mehrere Lose im Oberschwellenbereich gilt **Kleinlosregel**
 - Kleinlos weniger als € 1 Mio
 - Kleinlose kumuliert weniger als 20% aller Lose
 - Vergabe der Kleinlose nach Regeln für Unterschwelle
- Baufträge:** für mehrere Lose im Unterschwellenbereich
 - keine Kleinlosregel
 - keine Kumulierung der Lose
 - Vergabe nach Auftragswert der einzelnen Lose

Ersternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

16



LAND

OBERÖSTERREICH



Er

sternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

Ermittlung des Auftragswertes

- Lieferungen und Dienstleistungen:** für mehrere Lose im Oberschwellenbereich gilt **Kleinlosregel**
 - Kleinlos weniger als € 80.000
 - Kleinlose kumuliert weniger als 20% aller Lose
 - Vergabe der Kleinlose nach Regeln für Unterschwelle
- Lieferungen und Dienstleistungen:** für mehrere Lose im Unterschwellenbereich gilt **Kleinstlosregel**
 - Kleinstlos weniger als € 50.000
 - Kleinstlose kumuliert weniger als 50% aller Lose
 - Vergabe der Kleinlose nach Regeln für Unterschwelle

Ersternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

17



LAND

OBERÖSTERREICH



Er

sternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

Ermittlung des Auftragswertes

- Beachtung des Umgehungsverbots (Auftragssplitten)**
 - Maßgeblich ist im Wesentlichen der potentielle **Bieterkreis**
 - Keine Pflicht zur gemeinsamen **Ausschreibung**
- Vorhabensbegriff** ist für Umgehungsverbot maßgeblich
 - Planungsleitungen für Bauvorhaben wurden zeitlich versetzt vergeben und getrennt betrachtet
 - Unzulässiges Auftragssplitten und daher Zusammenrechnung erforderlich (EuGH vom 15.3.2012, C-574/10)
- Klarstellung durch Verfassungsausschuss:** Zusammenrechnungspflicht nur für Dienstleistungen **desselben Fachgebietes**

Ersternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

18

Ermittlung des Auftragswertes

- Auftraggeber besteht aus mehreren **eigenständigen Organisationseinheiten**, dann gilt keine zwingende Zusammenrechnung aller Auftragswerte (§ 13 Abs 4)
- isolierte Betrachtung der Organisationseinheiten zulässig, wenn diese **selbstständig für Auftragsvergaben** oder Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist
 - **Vergabeverfahren** werden unabhängig durchgeführt
 - **Kaufentscheidungen** werden unabhängig getroffen
 - **getrennte Haushaltslinien** und eigene **Budgetmittel**

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
19

Direktvergabe

- **Verfahrenswahl** nur im Unterschwellenbereich (§ 46)
 - klassischer Auftraggeber: bis € 50.000 bzw € 100.000
 - Schwellenwertverordnung 2018 (21.8.2018 bis 31.12.2020)
 - maßgeblich ist der „**geschätzte Auftragswert**“
- Leistung darf völlig **formfrei** beschafft werden
 - Einholung verbindlicher **Vergleichsangeboten** ist zulässig
 - **Eignung** des Bieters spätestens bei Zuschlagserteilung, allerdings ist beispielsweise § 81 (LSD-BG) nicht genannt
 - Dokumentation der eingeholten **Vergleichsangebote**
 - Auftrag an Unternehmen im **Insolvenzverfahren** oder in **Liquidation** ist möglich, sofern Leistungsfähigkeit hinreicht

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
20

Direktvergabe

- **Dokumentationspflicht** über allfällige Angebote oder unverbindliche Preisauskünfte
 - Auftragsgegenstand und Auftragswert
 - Name des Auftragnehmers
 - Prüfung der **Preisangemessenheit**, sofern der Aufwand wirtschaftlich vertretbar (pauschale Beurteilung ist ausreichend)
- Wenn **keine Anhaltspunkte** bestehen, die auf das Nichtvorliegen der Eignung schließen lassen, kann etwa der **äußere Anschein** eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein (EBRV zu § 46 Abs 4)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
21





Direktvergabe mit Bekanntmachung

- Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung (§ 47)**
 - Lieferungen und Dienstleistungen
 - Klassische Auftraggeber unter € 130.000
 - Sektorenauftraggeber unter € 200.000
 - Baufträge unter € 500.000
- Definition nach § 31 Abs 12**
*„Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung wird, nachdem einer **unbeschränkten** Anzahl von Unternehmern die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages **bekannt gemacht** wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren **Angeboten**, eine Leistung **formfrei** von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.“*

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

22





Direktvergabe mit Bekanntmachung

- Bekanntmachung** der beabsichtigten Vergabe in regulären Publikationsmedien erforderlich
 - Auftraggeber
 - Leistungsgegenstand, Erfüllungsort, Leistungsfrist
 - Hinweis: nähere Informationen und Verfahrensablauf
 - Bezeichnung als Direktvergabe mit Bekanntmachung
- Verwendung von **Ausschreibungsunterlagen**
- Objektive, nicht diskriminierende Kriterien**
 - Auswahl der Bewerber für die Angebotsabgabe
 - Ermittlung des erfolgreichen Angebotes

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

23





Direktvergabe mit Bekanntmachung

- Eignung** des Bieters spätestens bei Zuschlagserteilung
- Auftrag an Unternehmen im **Insolvenzverfahren** oder in **Liquidation** ist möglich, sofern Leistungsfähigkeit hinreicht
- Prüfung der **Preisangemessenheit**, sofern der Aufwand wirtschaftlich vertretbar (pauschale Beurteilung ist ausreichend)
- keine Mitteilung der **Zuschlagsentscheidung**, sondern sofort Zuschlagserteilung und Mitteilung an alle Bieter mit **Gesamtpreis**

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

24

Offenes Verfahren

- **einstufiges** Verfahren
(nur Eignungs- und Zuschlagskriterien)
- **Verfahrenswahl:** immer, ohne Vorliegen besonderer Bedingungen zulässig
- striktes **Verhandlungsverbot!**
- Zwecks Vermeidung hohen Prüfaufwandes werden nur für die Zuschlagserteilung „in Betracht kommende Bieter“ geprüft
- **Vorteil:** rasch, transparent und meist wenig komplex (zB geringerer Dokumentationsaufwand)
- **Nachteil:** Bieter kann wegen Einstufigkeit nur grob auf Qualitätsaspekte geprüft werden

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
25

Offenes Verfahren: Ablauf

```

graph TD
    A[Bekanntmachung] -- "Angebotsfrist: 30 (OSB) / 20 (USB) Tage  
Präklusionsfrist: -7 Tage" --> B[Angebotsöffnung]
    B -- "Angebotsprüfung" --> C[Zuschlagsentscheidung]
    C -- "Stillhaltefrist 10 Tage  
Präklusionsfrist 10" --> D[Zuschlagserteilung]
    
```

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
26

Öffnung der Angebote

- auch im klassischen Bereich **keine zwingende öffentliche Angebotsöffnung**, auch nicht beim offenen Verfahren (§ 133 Abs 4)
- nur mehr **freiwillige öffentliche Angebotsöffnung**
 - Teilnahme für Bieter ist zu gewährleisten
 - auch zB durch Skype laut Gesetzesmaterialien
- Empfehlung: **Ausschluss** der öffentlichen Öffnung in den Ausschreibungsunterlagen => unaufgefordert Angebotsöffnungsprotokoll an alle Bieter

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
27

Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

- **Zweistufigkeit des Verfahrenswahl**
 - Ausnahmeverfahren: nur bei Vorliegen der gesetzlichen Bedingungen zulässig (restriktive Auslegung)
 - Regelverfahren: zwingend bei geistigen Dienstleistungen
- **1. Stufe: Teilnahmeantrag**
 - Eignungskriterien = Mindestanforderungen des Bieters
 - Auswahlkriterien = quantifizierbare Anforderungen an Bieter
- **2. Stufe: Aufforderung zur Angebotsabgabe**
 - Zuschlagskriterien = Ermittlung des Bestbieters
 - **Erstangebote** müssen ausschreibungskonform sein
 - **reine Preisverhandlungen** zulässig, sofern keine Diskriminierung

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
28

Verhandlungsverfahren mit Bk: Ablauf

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
29

Verhandlungsverfahren

- **Ausschreibungsunterlagen** müssen **kalkulierbar** sein, gilt beim Verhandlungsverfahren nur für Letzt-Angebote (§ 88 Abs 2)
- **Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien** (§ 114)
 - nicht Gegenstand von Verhandlungen
 - keine Änderung während des Verhandlungsverfahrens

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
30





Erstellen von Ausschreibungsunterlagen

- § 89 Abs 1 BVergG 2018: „Ausschreibungsunterlagen sind ... zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmals verfügbar ist“
 - finale Ausschreibungsunterlagen bereits in der **ersten Stufe** erforderlich???
 - Begriff „Ausschreibungsunterlagen“ umfasst meines Erachtens **Teilnahmeunterlagen** bzw Ausschreibungsunterlagen (Argumentation ableitbar aus mehreren Gesetzesbestimmungen)
 - BVergG kennt „Teilnahmeunterlagen“ nicht
 - Zitat § 114 Abs 1 letzter Satz: „Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.“
 - Bestätigung: OLG **Düsseldorf** 17.10.2018, Verg 26/18

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

31





Verhandlungsverfahren oB

- Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit einem Bieter (§ 44 Abs 3)
 - geistige** Dienstleistungen
 - geschätzter Auftragswert erreicht **50%** des EU-Schwellenwertes nicht (€ 221.000)
 - wirtschaftlicher Wettbewerb ist aufgrund der **Kosten des Beschaffungsvorhabens** wirtschaftlich nicht vertretbar

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

32





Mindestfristen

- Teilnahmefristen** im USB (§ 75)
 - Verhandlungsverfahren: **14 Tage** (14)
 - Nicht offenes Verfahren: **14 Tage** (14)
- Angebotsfristen** im USB (§ 76)
 - Offenes Verfahren: **20 Tage** (22)
 - Nicht offenes Verfahren: **10 Tage** (22)
 - Verhandlungsverfahren: **10 Tage** (keine Vorgabe)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

33





Mindestfristen

- Teilnahmefristen im OSB (§ 70)**
 - Verhandlungsverfahren: **30 Tage** (37 bzw 30)
 - Nicht offenes Verfahren: **30 Tage** (37 bzw 30)
- Angebotsfristen im OSB (§ 71)**
 - Offenes Verfahren: **30 Tage** (52 bzw 45)
 - Nicht offenes Verfahren: **10 Tage** (40)
 - Verhandlungsverfahren: **10 Tage** (keine Vorgabe)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

34





Fristen: Berechnung

- maßgeblich für den **Beginn des Fristenlaufes** ist der Tag des fristauslösenden Ereignisses, etwa
 - Absendung** der Bekanntmachung für Teilnahme- bzw Angebotsfrist **OSB**
 - Verfügbarkeit** der Bekanntmachung für Teilnahme- bzw Angebotsfrist **USB**
 - Übermittlung bzw Bereitstellung der **Zuschlagsentscheidung** für Stillhaltefrist und Anfechtungsfrist

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

35





Fristen: Berechnung

- Tag des **fristauslösenden Ereignisses** zählt nicht mit (Beginn 0:00 Uhr nächster Tag)
- Berechnung in **Kalendertagen** (Ende 24:00 Uhr des letzten Tages der Frist)
- keine **Unterbrechung** durch Samstag, Sonntag oder Feiertag
- Aber:** wenn letzter Tag ein Samstag, Sonntag oder Feiertag: Fristende am nächsten Arbeitstag, 24:00 Uhr
- bei Fristen des Vergabeverfahrens sind die Tage des **Postlaufs** mitzurechnen

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

36

Fristen: Berechnung

- Rückläufige Fristberechnung bei **Bekämpfung** der Ausschreibungs- oder Teilnahmeantragsunterlagen
- volle 7 Tage vor Ende der Angebots- oder Teilnahmeantragsfrist (VwGH 11.10.2007, 2006/04/0112-6)

Anfechtung	7	6	5	4	3	2	1	Tag der Angebotsöffnung
------------	---	---	---	---	---	---	---	-------------------------

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
37

Eignungskriterien: Definition

- **Legaldefinition** (§ 2 Z 22 lit c)
„die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind“
- Legaldefinition umfasst folgende Merkmale
 - **KO-Kriterien:** Ergebnis der Bewertung ist nur JA / NEIN (kein „Mehr“ an Eignung und keine Reihung)
 - **unternehmerbezogen** und keinesfalls Angebotsbezogen
 - **strenge Konkretisierungspflicht**
 - nicht diskriminierend

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
38

Eignungskriterien (§§ 78 bis 87)

- **Berufliche Befugnis**
 - Berufsrechtliche Vorgaben
 - Vorgaben nach LSD-BG
- **Berufliche Zuverlässigkeit**
 - Allgemeine Zuverlässigkeit
 - Besondere berufliche Zuverlässigkeit nach AusIBG
- **Leistungsfähigkeit**
 - Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
 - Technische Leistungsfähigkeit

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
39

Eignungskriterien: berufsrechtliche Befugnis

- Gewerbeordnung erfordert Einzelfallentscheidung
 - Umfang der Befugnis grundsätzlich nach **Berufsbildern**
 - Zusätzlich ist zu berücksichtigen
 - gesetzlich normierte Rechte für das konkrete Gewerbe
 - gewerberechtliche **Nebenrechte** (§ 32 GewO)
- **EU- und EWR-Mitgliedstaaten**
 - nur für reglementierte Gewerbe erforderlich (§ 94 GewO)
 - Anzeige bei grenzüberschreitender Tätigkeit
- **Schweiz**
 - BMW vertritt die **Ansicht**, dass Anzeige nicht nur für reglementierte Gewerbe erforderlich ist (§ 94 GewO)
 - **Anzeige** bei grenzüberschreitender Tätigkeit
 - Begrenzung von maximal **90 Tagen** pro Jahr

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
40

Eignungskriterien: Befugnis nach LSD-BG

- Kein rechtskräftige Entscheidung gemäß § 35 LSD-BG
 - Verstöße gegen **ASVG**
 - Verstöße gegen **Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz**
 - Verstöße gegen **arbeitsrechtliche Vorschriften** (Gesetz, Verordnung, Kollektivverträge)
- Auskunft aus Verwaltungsstrafevidenz der **WGKK**
 - Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (**LSDB**)
 - Zentrale Stelle für alle Auftraggeber in Österreich
- Auskunft der Zentralen Koordinationsstelle des **BMF** für die Kontrolle illegaler Beschäftigung
- Erfordernis für alle **Verfahrensteilnehmer** (Bieter, Mitglieder einer Bietergemeinschaft und Subunternehmer)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
41

Eignungskriterien: Ausschlussgründe

- Auftraggeber **hat** bei folgenden Umständen auszuschließen (§ 78 Abs 1 Z 1 bis 8)
 - Verurteilung nach aufgezählte Tatbestände nach **StGB**
 - **Insolvenzverfahren**
 - **Liquidation**
 - hinreichend plausible nachteilige **Abreden**
 - schwere **Verfehlung** nach Arbeits-, Sozial-, Umweltrecht
 - **Sozialversicherung oder Finanzamt**
 - **Interessenskonflikt** gemäß § 26 (Unbefangenheit)
 - **Vorarbeitenproblematik** gemäß § 25

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
42

Eignungskriterien: Ausschlussgründe

- Auftraggeber **hat** bei folgenden Umständen auszuschließen (§ 78 Abs 1 Z 9 bis 11)
 - bei Erfüllung wesentlicher **Anforderungen** eines früheren Auftrags erhebliche oder dauerhafte **Mängel** verursacht hat, die zur **Vertragskündigung** oder **Schadenersatz** führten
 - falsche (schwerwiegende) oder fehlende **Erklärungen** betreffend Befugnis, Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit
 - Beeinflussung der **Entscheidungsfindung**
 - Versuch zur Erlangung **vertraulicher** Informationen
 - fahrlässig **irreführende** Informationsübermittlung

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
43

Eignungskriterien: Zuverlässigkeit

- **Besondere berufliche Zuverlässigkeit**
 - Illegale Beschäftigung von Ausländern (rechtswidrige Beschäftigung von Inländern → allgemeine berufliche Zuverlässigkeit)
 - **Nachweis:** besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 82 durch Auskünfte aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen
- Ausschluss: mindestens 2 x Bestrafungen nach AuslBG

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
44

Eignungskriterien: Zuverlässigkeit

- **Nachweise** der beruflichen Zuverlässigkeit (§ 82 Abs 2)
 - **Strafregisterbescheidung** der Geschäftsführung
 - **Registerauskunft** für juristische Personen bei WKStA
 - Auszug aus dem **Firmenbuch**
 - Auszug aus der **Insolvenzdatei**
 - Unbedenklichkeitsbescheinigung der **Sozialversicherung**
 - Rückstandsbescheidung des **Finanzamt**

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
45

Eignungskriterien: Zuverlässigkeit

- **Ausnahme: vertrauensbildende Maßnahmen** (§ 83 Abs 2)
 - Ausgleich jeglichen Schadens und
 - aktive Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden und
 - effektive Maßnahmen zur künftigen Vermeidung
 - qualitativ hochwertiges Berichts- und Kontrollwesen oder
 - Einschaltung eines Organs der inneren Revision zu regelmäßigen Überprüfungen oder
 - interne Haftungs- und Schadenersatzregelungen
- **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (§ 83 Abs 3)
 - Einführung der Maßnahmen
 - Schwere der Rechtsverletzung (Dauer, Anzahl der illegal Beschäftigten)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

46

Eignungskriterien: Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

- Gesamt- oder Sparten-Umsätze für die letzten **drei Jahre** in Höhe des **doppelten Auftragswertes** oder seit Unternehmensgründung, sofern in Ausschreibungsunterlagen festgelegt
- demonstrativer **Nachweiskatalog**
 - Bankerklärungen (Bonitätsauskunft)
 - Berufshaftpflichtversicherung
 - Bilanzen
- alternative Möglichkeiten, wenn oben stehende Nachweise aus **glaubhaft zu machenden Gründen** für Bieter nicht möglich
 - Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer
 - Unternehmensbeteiligungen
 - Kapitalausstattung, Anlagevermögen, Grundbesitz

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

47

Eignungskriterien: Technische Leistungsfähigkeit

- **Taxativer Nachweiskatalog** in § 85 in Verbindung mit Anhang X
 - Unternehmens- und Personal**referenzen**
 - **Personal** samt Ausbildung und Berufserfahrung
 - **Ausstattung** mit technischen Geräten und Ausrüstung
 - **Ausbildungsnachweise**
 - **Zertifikate** für das Unternehmen
 - etc

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

48



LAND

OBERÖSTERREICH



Eignungskriterien: Technische Leistungsfähigkeit

- Nachweis durch **Referenzen** müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten (§ 85)
 - Name und Sitz des **Leistungsempfängers**
 - Name der **Auskunftsperson**
 - **Zeit** und **Ort** der Leistungserbringung
 - Angabe, ob Leistung **ordnungsgemäß** ausgeführt
- Auftraggeber-Bestätigung ist nicht mehr ausdrücklich erwähnt und daher nicht mehr **zulässig**?!
 - EU-RL enthält allerdings Bescheinigung über Leistungserbringung, aber nur für **Baufträge**
 - entsprechende Formulierung fehlt im **BVergG** zur Gänze

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

49



LAND

OBERÖSTERREICH



Eignungskriterien: Technische Leistungsfähigkeit

- **Referenzzeitraum**
 - Liefer- und Dienstleistungen: **3 Jahre**
 - Bauleistungen: **5 Jahre**
 - auch längerer Zeitraum zulässig, sofern dies für ausreichenden **Wettbewerb** erforderlich ist

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

50



LAND

OBERÖSTERREICH



Eignungsnachweise und Eigenerklärung

- **Eignungskriterien**
 - Mindest-Anforderungen an die Bieter
 - Festlegung in den Teilnahme- / Ausschreibungsunterlagen
- **Eignungsnachweise**
 - Unterlagen zum Nachweis, dass Eignungskriterien erfüllt
 - Festlegung in den Teilnahme- / Ausschreibungsunterlagen

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

51





Eignungsnachweise und Eigenerklärung

- Eigenerklärungen ersetzen zunächst die Vorlage von Eignungsnachweisen im Angebot oder Teilnahmeantrag
 - vorerst nur **Erklärung** im Angebot oder Teilnahmeantrag, dass die Eignungskriterien erfüllt werden und Angabe der vorliegenden **Befugnisse**
 - Vorlage von **Nachweisen** nur nachträglich infolge eines gesonderten Ersuchens des Auftraggebers um Nachreichung der betreffenden Unterlagen
- Festlegungen in Teilnahme-/Ausschreibungsunterlagen
 - Eignungskriterien
 - Eignungsnachweise (§§ 81 bis 87)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

52





Eignungsnachweise und Eigenerklärung

- Oberschwellenbereich
 - kann** Auftraggeber bestimmte Nachweise von bestimmten Bietern nachfordern (nicht von bekannten Bietern)
 - muss** der Auftraggeber bestimmte Nachweise vom präsumtiven Zuschlagsempfänger nachfordern
- Unterschwellenbereich
 - Auftraggeber **kann** die Nachweise nachfordern, keine Verpflichtung (auch für Bestbieter nicht zwingend)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

53





Eignungsnachweise und Eigenerklärung

- Fristsetzung für die Nachreichung der Nachweise
 - § 80 Abs 3: binnen einer „**angemessenen**“ Frist, keine Ausführungen zu Länge dieser Frist in EBRV
 - Auftraggeber darf keine gültigen Nachweise verlangen, die für ihn direkt gebührenfrei in einer **Datenbank** erhältlich sind
 - Auftraggeber darf keine gültigen Nachweise verlangen, die ihm bereits aus einem **früheren Verfahren** vorliegen (Recht zur Einrichtung einer Datenbank unter Berücksichtigung des DSGVO)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

54

Eignungsnachweise und Eigenerklärung

- Rechtsfolgen des nicht (fristgemäßen) Nachweises
 - Grundsätzlich nur **eine** Verbesserungsmöglichkeit: daher verbesserbarer Mangel, wenn Bieter erstmalig zur Nachweisvorlage aufgefordert wird und diese Aufforderung nicht fristgerecht / vollständig beantwortet (BVA 27.2.2013, N/0123-BVA/14/2012-35)
 - Aber: **keine Verbesserung**, wenn Eigenerklärung mangelhaft war (BVA 16.12.2011, N/0112-BVA/10/2011-32)
- Referenzen, die im Angebot nicht enthalten waren, dürfen **nach Ablauf der Angebotsfrist** nicht nachgereicht werden (EuGH 4.5.2017, Rs C-387/14)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
55

Auswahlkriterien: Definitionen

- **Legaldefinition** (§ 2 Z 22 lit a)
„die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, objektiven, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird“
- Legaldefinition umfasst folgende **Merkmale**
 - ausschließlich in **2-stufigen** Verfahren (nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung)
 - **unternehmerbezogene** Kriterien zur Beurteilung der Bewerberqualität
 - **nicht diskriminierende**
 - in der **Reihenfolge** (?) ihrer Bedeutung festgelegte

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
56

Auswahlkriterien: Festlegung

- im Gesetz keinerlei beispielhafte Anführung von Auswahlkriterien
- daher Orientierung ausschließlich anhand der Legaldefinition – sowohl Eignungs- als auch Auswahlkriterien haben zwingend **unternehmerbezogen** zu sein
- jedenfalls gilt eine strenge **Konkretisierungspflicht**

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
57

Auswahlkriterien: Beispiele

- Überschreiten des Mindestumsatzes oder anderer finanzieller Kennzahlen (Grenznutzen!)
- Überschreiten des Mindestpersonals (Grenznutzen!)
- Überschreiten der Mindestgeräte (Grenznutzen!)
- Qualität des vertragsspezifischen Schlüsselpersonals (Ausbildung, Berufserfahrung, Personalreferenzen)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
58

Zuschlagskriterien: Definition

- Legaldefinition (§ 2 Z 22 lit d sublit aa)
„die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird“
- Legaldefinition umfasst folgende Merkmale
 - gewichtet / Reihenfolge ihrer Bedeutung
 - nicht diskriminierend
 - auftragsbezogen (= angebotsbezogen)
 - in die Zukunft gerichtet
- strikte Trennung von Eignungs- und Auswahlkriterien einerseits sowie Zuschlagskriterien andererseits

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
59

Zuschlagskriterien: Billigst-/Bestbieterprinzip

- Keine freie Wahl zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip
- Ober- und Unterschwellenbereich (§ 91 Abs 4)
 - Bestbieterprinzip grundsätzlich zwingend
 - Billigstbieterprinzip nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn in objektiver Hinsicht „der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist“

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
60

OP

Zuschlagskriterien: Billigst-/Bestbieterprinzip

LAND
OBERÖSTERREICH

- nach **Novelle 2016** **war** Bestbieterprinzip **zwingend**
 - geistige Dienstleistungen
 - Zulässigkeit von Alternativangeboten
 - Funktionale Leistungsbeschreibung
 - Kein globale Preisgestaltung und Verhandlungsverfahren
 - Abweichung von geeigneten Leitlinien und daher sind keine vergleichbaren Angebote zu erwarten
 - Bestbieterermittlung im offenen oder nicht offenen Verfahren nicht möglich
 - Berücksichtigung von Life-Cycle-Costs
 - **Bauftrag von mindestens € 1 Mio**
 - Lebensmittel (ausgewählte Produkte nach KN-Code, EU Warennomenklatur für den Außenhandel)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

61

OP

Zuschlagskriterien: Billigst-/Bestbieterprinzip

LAND
OBERÖSTERREICH

- nach **BVergG 2018** **ist** Bestbieterprinzip **zwingend**
 - (geistige) Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren
 - Funktionale Leistungsbeschreibung
 - Bauauftrag von mindestens € 1 Mio
 - wettbewerblichem Dialog und Innovationspartnerschaft
- sonstige Qualitätsaspekte jedenfalls **zwingend**
 - personenbezogene Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich (Anhang XVI)
 - Verkehrsdienste des ÖPNV gemäß ÖPNRV-G 1999
 - Beschaffung von Lebensmitteln

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

62

OP

Zuschlagskriterien: Konkretisierungspflicht

LAND
OBERÖSTERREICH

- Verwenden **gesetzlicher Begriff** ohne Konkretisierung ist **unzulässig**
- Vermeiden **unbestimmter Begriffe**
 - facheinschlägig (BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20)
 - schnell, groß, hohe, angemessen (UVS OÖ 1.6.2007, VwSen-550327/15/Kü/Hu)
 - diversifizierte Angaben (BVwG 21.7.2015, W139 2010508-2)

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH

63



Zuschlagskriterien: Gewichtung (§ 91 Abs 7)

- beim Bestbieterprinzip sind alle Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben (Gewichtung)
- diese Angabe kann auch im Wege einer Marge, deren größte Bandbreite angemessen sein muss, erfolgen (keine Voraussetzungen dafür erforderlich)
- wenn eine Gewichtung auf diese beiden Arten nicht möglich ist, sind die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben



Welche Zuschlagskriterien sind zulässig?

- **Beispiele für Zuschlagskriterien im BVerG 2006 (§ 2 Z 20 lit d sublit dd)**
 - Qualität
 - Preis
 - technischer Wert
 - Ästhetik
 - Zweckmäßigkeit
 - Umwelteigenschaften
 - Betriebskosten
 - Rentabilität
 - Kundendienst und technische Hilfe
 - Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw Ausführungsfrist



Zuschlagskriterien: Ermessensentscheidung

- Vergabe eines Dienstleistungsauftrages mit Zuschlagskriterien
Preis und Qualität des Angebotes
 - Bewertungskommission prüfte Qualität des Angebotes anhand 3-teiliger Punkteskala
 - Frage: Festlegung von Inhalten der Punkteskala vorab in den Ausschreibungsunterlagen
- EuGH vom 14.7.2016, Rs C-6/16
 - keine Veröffentlichungspflicht der Inhalte
 - Bewertungskommission hat Ermessensspielraum
 - Zuschlagskriterien und Gewichtung dürfen aber nicht geändert werden
 - Bewertung nach Punktesystem ist jedenfalls zulässig (geistige Dienstleistungen, Nutzerbewertung etc)



LAND

OBERÖSTERREICH



Zuschlagskriterium: Grenzgänger Referenzen

- Referenzen eignen sich nicht für die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots und können daher **keine Zuschlagskriterien** sein (VwGH 1.3.2005, 2002/04/0125)
- Auftragsgegenstand war die Erstellung einer Studie durch einen Sachverständigen: Verwendung von Referenzen als Zuschlagskriterien sind **absolut unzulässig** – auch bei geistigen Dienstleistungen und bei Schlüsselpersonal (EuGH 24.1.2008, C-532/06)
- Personalreferenzen des **Schlüsselpersonals** ist als Zuschlagskriterium zulässig (EuGH 26.3.2015, C-601/13)

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

67



LAND

OBERÖSTERREICH



Preisverfahren

- freie **Wahl** zwischen Preisangebotsverfahren und Preis-aufschlags- und Preisnachlassverfahren (§ 29 Abs 1)
- bis dato war Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig
- keine ausdrückliche Regelung im **Sektorenregime** und daher wohl zulässig

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

68



LAND

OBERÖSTERREICH



Zuschlagskriterien: Praxisbeispiele

- Bauleistungen**
 - Schlüsselpersonen und Personalreferenzen
 - Bauzeitenplan und Baustelleneinrichtungsplan
 - Qualitätskonzept für Projektvorbereitung, Arbeitssicherheit, Koordination und Kommunikation
- Dienstleistungen**
 - Entwurf mit konzeptiven Lösungsvorschlag
 - Qualitätskonzept für Projektmanagement
- Lieferleistungen**
 - Funktionalitäten
 - Nutzerbewertung
 - Lieferfristen

Esternmann Pock Rechtsanwälte GmbH

69

Vergabe von Subunternehmer-Leistungen

- Abgrenzungsprobleme von Subunternehmern und Hilfsunternehmern mit erheblichen Rechtsfolgen
- BVwG vom 7.9.2017, W123 2163533-2
 - Subunternehmer erbringt Teile des an den Auftragnehmer vergebenen Auftrags
 - Hilfsunternehmer versetzt Auftragnehmer in die Lage, den Auftrag zu erbringen, ohne selbst Teile des Ausschreibungsgegenstandes auszuführen

Subunternehmer vs Hilfsunternehmer

- Nominierung von Subunternehmern
 - grundsätzlich müssen alle Subunternehmer im Angebot oder Teilnahmeantrag zwingend nominiert werden
 - Ausnahme: aus sachlichen Gründen kann festgelegt werden, dass nur die Subunternehmer für „wesentliche Teile“ des Auftrags zu nominieren sind
 - Subverbot, sofern sachlich gerechtfertigt
 - Ausscheidensgrund für Subunternehmer
 - bei erforderlichen Sub führt dies zum Ausscheiden des Bieters
 - bei zweckmäßigen Sub nur Ablehnungsrecht des Auftraggebers

Zuschlagsentscheidung: Mitteilung (§ 143)

- Mitteilung grundsätzlich nur elektronisch
- Inhalt der Mitteilung
 - präsumtiver Zuschlagsempfänger
 - Ende der Stillhaltefrist
 - Gründe für die Ablehnung eines Angebotes
 - Gesamtpreis
 - Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes (Gegenüberstellung von Zuschlagsempfänger und Adressat)

Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen

- Änderung ist unwesentlich (§ 365 Abs 3)
 - Liefer-/Dienstleistungen: bis zu **10%** der Auftragssumme
 - Bauaufträge: bis zu **15%** der Auftragssumme
 - maximal in Höhe des **EU-Schwellenwertes** (Deckelung)
 - zusätzlich darf sich **Gesamtcharakter** des Vertrages nicht ändern

- Beispiel: Auftrag einer Dienstleistung beträgt € 3 Mio.
Wesentlichkeitsgrenze wäre € 300.000; aber Begrenzung ergibt sich aus EU-Schwellenwert von € **221.000**.

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
76

Ausschreibungspflicht bei Vertragsänderungen

- Änderung ist unabhängig von Wert unwesentlich (§ 365 Abs 3 Z 5), wenn **zusätzliche Leistungen** bis zu 50% des Auftrags erforderlich und Wechsel des Auftragnehmers
 - aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - erhebliche Schwierigkeiten oder beträchtliche Zusatzkosten für Auftraggeber

- Änderung bis zu 50% des Auftrags ist unwesentlich (§ 365 Abs 3 Z 6), wenn
 - Änderung für Auftraggeber **nicht vorhersehbar** und
 - **Gesamtcharakter** des Auftrags ändert sich nicht

- bei mehreren **aufeinander folgenden Änderungen** gelten 50% für **jede einzelne Änderung**

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
77

Danke für Ihre Aufmerksamkeit !

RA Dr. Ralf D. Pock
 Mobil +43 (676) 34 19 746

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
 A-1030 Wien, Rennweg 17, Stock 5
 Tel +43 (1) 532 31 51 – 0
 Fax +43 (1) 532 31 51 – 15
 E-Mail office@estermann-pock.at
 Web www.estermann-pock.at

Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH
78
