



Vergaberecht
neu denken!

SCHIEFER

VERGABE · RECHT · ANWÄLTE

Wir denken Vergaberecht neu!

Schiefer Rechtsanwälte sind die Spezialisten für Vergaberecht in ganz Österreich. An den fünf Standorten Wien, Salzburg, Graz, Klagenfurt und St. Pölten denken 15 Juristinnen und Juristen Vergaberecht neu, beraten bei Verfahren, begleiten durch Prozesse und vermitteln Spezialwissen.



Ein außergewöhnliches Team

Wir bei Schiefer Rechtsanwälte denken Vergaberecht neu. Dieses „neu denken“ verlangt auch eine besondere Art von Team: Menschen, die Kompetenz mit sozialer Intelligenz vereinen. Wir leben die Vielfalt, das zeigt sich in der Diversität unserer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

BVergG

2018

Bundesvergabegesetz

Österreichische Gesellschaft für
Krankenhauspharmazie

Geltungsbereich

- **Grundsatz:** Ausschreibungspflicht für öffentliche Auftraggeber
 - Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände, aber auch Einrichtungen, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen, zumindest teilrechtsfähig sind und durch andere öff AG überwiegend finanziert, beaufsichtigt oder verwaltet werden (§ 4 Abs 1 BVergG)

- **Ausnahmen:** Bestimmte Vergabeverfahren und öffentlich-öffentliche Verhältnisse (§§ 9, 10 BVergG) wie beispielsweise der Einkauf über zentrale Beschaffungsstellen
 - „**Großhändlermodell**“: Liefer- oder Dienstleistungsaufträge eines öff AG an eine zentrale Beschaffungsstelle, die öff AG (Österreich/EU) ist und diese Leistungen auf Dauer zur Weiterveräußerung erworben hat (§ 9 Abs 1 Z 20 BVergG 2018)
 - „**Vollmachts- bzw. Vermittlermodell**“ Dienstleistungsaufträge an eine zentrale Beschaffungsstelle, die öff AG ist (Österreich/EU) und für den jeweiligen öff AG auf Dauer zentrale Beschaffungstätigkeiten ausführt (§ 9 Abs 1 Z 22 BVergG)

Ausnahmetatbestand – Open-House-Modell

- **Arzneimittel-Rabattverträge**
- **EuGH 2.6.2016, Rs C-410/14 „Falk Pharma“**
 - **Sachverhalt:** Eine Krankenkasse wollte zur Versorgung mit Arzneimitteln nicht durch eine Ausschreibung eine Festlegung nur durch ein Unternehmen bezwecken, sondern mit allen Unternehmen Lieferverträge schließen, die bestimmte vertragliche Bedingungen einhalten und den vorgegebenen Preis akzeptieren.
 - **Entscheidung:** Keine Ausschreibungspflicht; Zulassungssystem während der gesamten Laufzeit offen → das für den öffentlichen Auftrag notwendige Element der Auswahlentscheidung fehlt
 - bei eindeutig grenzüberschreitendem Interesse allerdings allgemeine vergaberechtliche Grundsätze gem AEUV zu beachten
- **EuGH 1.3.2018, Rs C-9/17 „Tirkkonen“**
 - kein öffentlicher Auftrag, selbst wenn während der begrenzten zeitlichen Laufzeit des Systems kein neuer Teilnehmer zugelassen wird

Zentraler Einkauf: Praxis, Neuerungen, Gefahren

- **Bisherige (teilweise) Praxis des Klinik-Einkaufs**
 - Direktvergaben/Unterschwellenvergabe über Einzelkäufe
 - Splitting größerer Aufträge
 - Losaufteilung
 - Erwerb über langjährige, große Partnerunternehmen
 - Mehrmalige Vertragsanpassungen ohne Neuausschreibung
- **Relevante Neuerungen für diese Praxis**
 - Schwellenwerte
 - Verschärfung der Zusammenrechnung: Auftragswert, Vorhaben, Splittingverbot, Organisationseinheiten
 - Losvergabe iVm Förderung von KMU
 - Vertragsanpassungsmöglichkeiten und Zusammenrechnung bei (mehrmaliger) Vertragsanpassung

Schwellenwerte

Schwellenwerte – EU-Schwellenwerte

EU-Schwellenwerte seit 1.1.2018 (alle 2 Jahre neu)	
Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge öffentliche Auftraggeber [zentrale öffentliche Auftraggeber gem Anhang III] Sektorenauftraggeber	Oberschwelle ab EUR 221.000 [EUR 144.000] EUR 443.000
Baufaufträge und Baukonzessionsverträge	EUR 5.548.000
Besondere Dienstleistungen (Anhang XVI) öffentliche Auftraggeber Sektorenauftraggeber	EUR 750.000 EUR 1.000.000

Schwellenwerte – SchwellenwerteVO 2018

Neue (vs unveränderte) SchwellenwerteVO mit BVergG 2018	
SchwellenwerteVO 2018 bis 31.12.2020	BVergG 2018 ab 1.1.2021 (?)
Direktvergabe alle Auftragsarten: EUR < 100.000 Sektoren-AG: EUR < 100.000	Direktvergabe alle Auftragsarten: EUR < 50.000 Sektoren-AG: EUR < 75.000
nicht offenes Verfahren ohne BM Bau: EUR < 1.000.000 DL/ L: EUR < 100.000 Sektoren-AG: USB	nicht offenes Verfahren ohne BM Bau: EUR < 300.000 DL/ L: EUR < 80.000 Sektoren-AG: USB
Verhandlungsverfahren ohne BM alle Auftragsarten: EUR < 100.000 Sektoren-AG: EUR USB	Verhandlungsverfahren ohne BM alle Auftragsarten EUR < 80.000 Sektoren-AG: USB

Schwellenwerte – Öffentliche Auftraggeber

Bauftrag	Subschwelle- werte (EUR)	zeitliche Geltung	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 5.548.000	seit 1.1.2018	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit EU-BM Verhandlungsverfahren mit EU-BM (Begründung) Wettbewerblicher Dialog (Begründung)
	< 5.548.000	seit 1.1.2018 ab BVergG 2018	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit BM Verhandlungsverfahren mit BM
	< 1.000.000 < 300.000	bis 31.12.2020 ab 1.1.2021?	Nicht offenes Verfahren ohne BM
	< 100.000 < 80.000	bis 31.12.2020 ab 1.1.2021?	Verhandlungsverfahren ohne BM
	< 500.000	-	Direktvergabe mit BM
	< 100.000 < 50.000	bis 31.12.2020 ab 1.1.2021?	Direktvergabe

Schwellenwerte – Öffentliche Auftraggeber

Liefer- und Dienstleistungsauftrag	Subschwelle werte (EUR)	zeitliche Geltung	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 221.000	seit 1.1.2018 ab BVergG 2018 ab BVergG 2018	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit EU-BM Verhandlungsverfahren mit EU-BM (Begründung) Wettbewerblicher Dialog (Begründung)
	< 221.000	seit 1.1.2018	Offenes Verfahren Nicht offenes Verfahren mit BM Verhandlungsverfahren mit BM
	< 110.500	-	Verhandlungsverfahren mit 1 Bieter bei geistigen DL, wenn wirtschaftl Wettbewerb wg Beschaffungskosten unvertretbar
	< 100.000 < 80.000	bis 31.12.2020 ab 1.1.2021?	Nicht offenes Verfahren ohne BM
	< 100.000 < 80.000	bis 31.12.2020 ab 1.1.2021?	Verhandlungsverfahren ohne BM
	< 130.000	-	Direktvergabe mit BM
	< 100.000 < 50.000	bis 31.12.2020 ab 1.1.2021?	Direktvergabe

Schwellenwerte – Öffentliche Auftraggeber

Besondere Dienstleistungen (Anhang XVI)	Subschwelligkeiten (EUR)	zeitliche Geltung	Mögliche Verfahrensarten
	≥ 750.000	ab BVergG 2018	Verfahren mit mehreren Unternehmen und mit vorheriger Bekanntmachung
	< 750.000	ab BVergG 2018	„grundsätzlich“ Verfahren mit mehreren Unternehmen; Einhaltung unionsrechtliche Grundsätze bei grenzüberschreitendem Interesse (insb BM)
	< 150.000	ab BVergG 2018	Direktvergabe mit BM
	< 100.000	ab BVergG 2018	Direktvergabe

Auftragswertermittlung

Ermittlung des Auftragswerts

- **Ausschlaggebend ist Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung**
 - Absendung der Bekanntmachung
 - Direktes Ansprechen von Unternehmen
- **Prämien und Zahlungen des AG sind bei der Schätzung zu berücksichtigen**
- **Dokumentation der Schätzung erforderlich**
 - War die Schätzung sorgfältig, so schaden Abweichungen der einlangenden Angebotspreise nicht
 - Relevant auch für Bemessung Pauschalgebühr in Vergabekontrollverfahren

Ermittlung des Auftragswerts – Vorhabensbegriff und Splitting-Verbot

– **Vorhabensbegriff**

§ 13 Abs 1 bzw § 186 Abs 1 BVergG 2018

*„Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Auftrages ist der **Gesamtwert [...], der vom Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist.** Bei dieser Berechnung ist der geschätzte **Gesamtwert aller der zum Vorhaben gehörigen Leistungen** einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.“*

– **Splitting-Verbot**

§ 13 Abs 5 und § 186 Abs 5 BVergG 2018

*„Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf **nicht den Zweck** verfolgen, die **Anwendung** der Vorschriften **dieses Bundesgesetzes zu umgehen.**“*

Ermittlung des Auftragswerts – Vorhabensbegriff und Splitting-Verbot

- **Vorhabensbegriff und Splitting-Verbot gelten für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gleichermaßen!**
- **Sämtliche Einzelaufträge, die einem Vorhaben dienen, sind für die Ermittlung des Gesamtauftragswertes zusammenzurechnen, ausschlaggebend sind:**
 - gleiches Fachgebiet und
 - sachlicher und örtlicher Zusammenhang und
 - gemeinsamer Zweck und
 - gemeinsame Planung.
- vgl VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188; 22.6.2011, 2011/04/0116; 23.5.2014, 2013/04/0025; 27.10.2014, Ra 2014/04/0022; 20.4.2016, Ro 2014/04/0071

Ermittlung des Auftragswerts

- **alle eigenständigen Organisationseinheiten eines AG sind zusammen zu betrachten**

Ausnahme (§ 13 Abs 4 bzw § 186 Abs 4 BVergG 2018):

- Keine zwingende Kumulierung der Beschaffungsvolumina von selbständigen operationellen Einheiten eines Auftraggeber, wenn „selbständig für Auftragsvergabe zuständig“
- Gesamtbetrachtung erforderlich, zB eigenständige Vergabeentscheidung, eigenes Budget, Vertragsautonomie, Beschaffung nur für die Einheit

Ermittlung des Auftragswerts

- **Dienstleistung in mehreren Losen: Wert aller Lose**
 - **Entfall** des Wortes „gleichartig“
- **Dtld: Sonderregelung für Planungsleistungen**
 - Wert nur dann zusammenzurechnen, wenn es sich um „gleichartige Leistungen“ handelt
 - EU-Kommission: Verstoß gg Art 5 Abs 8 RL 2014/24/EU → **Vertragsverletzungsverfahren**
 - Ö: keine gesonderte Regelung für Planungsleistungen, aber Verfassungsausschuss zu § 16 Abs 4 klarstellend: Dienstleistungsaufträge, die inhaltlich unterschiedlichen Fachgebieten zugeordnet werden, werden zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes nicht zusammengerechnet

Ermittlung des Auftragswerts – Liefer- und DL-Aufträge

- **Gesamtwert aller Leistungen (Vorhabensbegriff)**
- **Lieferverträge**
 - Befristung bis 12 Monate: Gesamtwert
 - Befristung größer 12 Monate: Gesamtwert
 - Unbefristete Verträge oder unklare Vertragsdauer: 48-fache Monatswert
- **Dienstleistungsverträge**
 - Befristung bis 48 Monate: Gesamtwert
 - Befristung größer 48 Monate: 48-fache Monatswert
 - Unbefristete Verträge: 48-fache Monatswert

Ermittlung des Auftragswerts – Liefer- und DL-Aufträge

– **Oberschwellenbereich**

- Vorhabensbegriff: Auftragswert = **Summe aller Einzellose**
- Ausnahme „**große Losregel**“: Vergabe im USB, wenn Auftragswert eines Loses < EUR 80.000,--; kumulierter Wert der USB-Lose max 20% des Auftragswertes aller Lose
 - Erleichterung bei Bekanntmachung
 - Auftragswert des Kleinloses bestimmt die Verfahrenswahl

– **Unterschwellenbereich**

- „kleine Losregel“: Lose, deren geschätzter Auftragswert < EUR 50.000,-- (bzw 75.000,--, können direkt vergeben werden, sofern kumulierter Wert dieser Lose max 50% des Auftragswertes aller Lose nicht überschreitet

Schätzung des Leistungsvolumens bei Rahmenvereinbarungen

- **EuGH 19.12.2018, C-216/17, Coopservice**
 - Zulässigkeit des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen im Namen einer Vielzahl von Auftraggebern
 - **einzelnen Auftraggeber** müssen **eindeutig und ausdrücklich** in Ausschreibungsunterlagen **genannt** werden; Erweiterungsklausel ausreichend
 - **maximales Abrufvolumen** ist unbedingt **anzugeben** → ist Volumen ausgeschöpft, verliert die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung

Losvergabe

Ermessen bei der Losvergabe – KMU Förderung

- AG kommt bei der Beurteilung, ob eine Gesamt- oder Losvergabe stattfindet **Ermessen** zu (§ 28 Abs 1 BVergG)
 - Aber: **Begründungspflicht** des AG bei Nicht-Unterteilung in Lose (§ 28 Abs 6 BVergG).
 - Hintergrund: Präferenz zu KMU freundlicher Vergabe (§ 20 Abs 8 BVergG)
- AG kann **Höchstzahl an Losen** festlegen, für die ein einzelner Bieter den Zuschlag erhalten kann
- AG kann sich die **Möglichkeit zu Kopplungsangeboten** vorbehalten
 - AG muss Lose oder Losgruppen angeben, die kombiniert werden können
 - Kopplungsangebot ist günstiger als getrennte Vergabe

Vertragsanpassung

Vertragsanpassung

– unwesentliche Vertragsänderungen (§ 365)

1. Schritt: Änderungsvorbehalt / Abrufmöglichkeit im Vertrag?



2. Schritt: Ausnahmetatbestände?

Verhandlungsverfahren
ohne Bekanntmachung

neu: geringfügige
Änderung

neu: erforderliche
zusätzliche Leistung

neu: unvorhersehbare
Änderung



3. Schritt: wesentliche oder unwesentliche Änderung?

Vertragsänderungen / 1. Schritt

- **Änderungsvorbehalte im Vertrag (§ 365 Abs 3 Z 2)**
 - „klar, präzise und eindeutig“ formuliert
 - „Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen“ und zu den „Bedingungen [...], unter denen sie zur Anwendung gelangen können“
 - keine Änderungen des „Gesamtcharakters des Auftrags“
 - Grundregel: je konkreter nachträgliche Änderungen in den AU festgelegt (bzw im Auftragswert berücksichtigt) sind, desto mehr spricht das für ihre Zulässigkeit
 - globale Änderungsvorbehalte erlauben keine Vertragsänderung!

Vertragsänderungen / 2. Schritt

– geringfügige Änderungen (§ 365 Abs 3 Z 1)

- „Wert der Änderung“ darf folgende Werte nicht übersteigen:
 - EU-Schwellenwerte (EUR 5.548.000,- bei Bauleistungen; EUR 221.000,- bzw 443.000,- bei Liefer- und Dienstleistungen) **und**
 - 10% des ursprgl Auftragswerts bei Liefer- und Dienstleistungen bzw 15% des ursprgl Auftragswerts bei Bauleistungen
 - keine Änderung des „Gesamtcharakters des Auftrags“
- für „kleine“ Überbrückungsbeauftragungen
- keine BM-Pflicht

Vertragsänderungen / 2. Schritt

– **zusätzliche Leistungen (§ 365 Abs 3 Z 5)**

- „*zusätzliche*“ Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen
 - wenn AN-Wechsel aus „*wirtschaftlichen oder technischen Gründen*“ (Austauschbarkeit oder Kompatibilität mit im Rahmen des ursprgl Vergabeverfahrens beschafften Leistungen) „*nicht erfolgen kann*“
 - **und** mit „*erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten*“ für den AG verbunden wäre
 - Preiserhöhung bis max 50% des ursprgl Auftragswerts (nicht bei Sektoren-AG)
 - BM-Pflicht
- Voraussetzungen widersprüchlich (Unmöglichkeit vs Schwierigkeiten)

Vertragsänderungen / 2. Schritt

- **nicht vorhersehbare Umstände (§ 365 Abs 3 Z)**
 - Vertragsänderung aufgrund von
 - *„Umständen, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender AG nicht vorhersehen konnte“*
 - keine Änderung des *„Gesamtcharakters des Auftrags“*
 - Preiserhöhung bis max 50% des ursprgl Auftragswerts (nicht bei Sektoren-AG)
 - BM-Pflicht
 - Voraussetzung: kein Verschulden des AG!

Vertragsänderungen / 2. Schritt

- **BM-Pflicht bei Vertragsänderungen (§ 365 Abs 4)**
 - bei nicht vorhersehbaren Umständen und zusätzlichen Leistungen
 - EU-weite BM nach Vertragsänderung
 - (unklare) Konsequenz bei Nichteinhaltung der BM-Pflicht → Anfechtungsfrist beginnt nicht zu laufen?

Vertragsänderungen / 3. Schritt

– Prüfung Wesentlichkeit (§ 365 Abs 2)

1. Kriterium: Zulassung **anderer Bewerber** oder Annahme eines **anderen Angebots** möglich oder **Interesse weiterer Teilnehmer** geweckt?
→ Was wäre passiert, wenn der geänderte Auftrag ausgeschrieben worden wäre?

2. Kriterium: **Änderung** des **wirtschaftlichen Gleichgewichts** zugunsten des AN

3. Kriterium: **Auftragserweiterung** oder **-Verringerung** in erheblichem Umfang

Vertragsänderungen / 3. Schritt

– **Wesentliche Vertragsänderung bei SubU-Wechsel** **EuGH 13.4.2010, Rs C-91/08, Wall**

- Ausschreibung über die Lieferung von WC-Anlagen
- Heranziehung des ursprünglichen SubU war „ausschlaggebendes Element“ für Zuschlag
- Ersatz des SubU muss erneut dem Wettbewerb unterzogen werden

EuGH 7.9.2016, Rs C-549/14, Finn Frogne

- **Vergabeverfahren** über Lieferung eines einheitlichen Kommunikationssystems
- Nach Zuschlagserteilung **Probleme mit der Auftragsdurchführung**
- **Vergleich** zwischen AG und AN, mit dem **Leistungsumfang und Entgelt erheblich verringert** wurden
- **EuGH: Verringerung des Umfangs des Auftrags kann wesentliche Änderung darstellen, wenn dadurch Zugang für kleinere Unternehmen möglich**

Vertragsänderungen / 3. Schritt

Tiroler Rettungswesen

UVS Tirol 14.3.2013, 2012/K4/2499-12

- Ausschreibung des bodengebundenen Rettungsdienstes im Jahr 2010 → Zuschlag an Rotes Kreuz, dänischer Bieter unterliegt
- August 2012: Einigung der Vertragsparteien (Land Tirol & Rotes Kreuz) über Anpassung des Vertrags (kürzere Wartezeiten für Patienten im Krankentransport, kürzere Hilfsfristen in der Notfallrettung) und Auftragerweiterung um rund 4,6 Mio → Land vergibt mittels Vertragsergänzung
- Unterliegender (dänischer) Bieter des Verfahrens aus 2010 stellt Feststellungsantrag
- Entscheidung: Zurückweisung des Feststellungsantrages (wegen Säumnis mit Nachprüfungsantrag) dennoch auch Feststellungen zur (Un-)Wesentlichkeit der Auftragerweiterung enthalten

Tiroler Rettungswesen

- **Wesentliche Änderung, wenn die Änderung die Annahme eines anderen Angebots erlaubt hätte:**
 - Ursprüngliches Angebot:
Antragstellerin: rund EUR 37,6 Mio; Auftragnehmerin: rund EUR 27,4 Mio
→ Differenz von rund 1/3: Angebot der Antragstellerin wäre auch bei Zugrundelegen der Änderungen nicht für den Zuschlag in Frage gekommen
- **Wesentliche Änderung, wenn Auftrag sich um ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistung erweitert:**
 - Hier lediglich Erhöhung der Qualitätsstandards
- **Wesentliche Änderung, wenn sich wirtschaftliches Gleichgewicht in ursprünglich nicht vorgesehener Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert:**
 - Einsatz von zusätzlichem Personal für zusätzliche gleichartige Leistungen bei Vergütung auf Grundlage des Ausgangsvertrags ist keine wesentliche Änderung

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Mag. Martin Schiefer