

Dr. Ralf D. Pock  
Mag. Gunter Estermann  
Mag. Paolo Caneppele

Kanzlei Wien

A-1010 Wien, Heinrichsgasse 4/1

Tel + 43 (1) 532 31 51 - 0

Fax + 43 (1) 532 31 51 - 15

office@estermann-pock.at

Niederlassung Klagenfurt

A-9020 Klagenfurt, Alter Platz 23/I

Tel + 43 (463) 501 958

Fax + 43 (463) 501 958 - 15

klagenfurt@estermann-pock.at

www.estermann-pock.at

---

**Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs /  
Österreichischer Städtebund / Österreichischer Gemeindebund:  
Wesentliche Änderungen durch das Bundesvergabegesetz 2018**

---

24. September 2018

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>1.</b>	<b>Ausgangssituation .....</b>	<b>3</b>
<b>2.</b>	<b>Wesentliche Änderungen durch das BVerG 2018 .....</b>	<b>4</b>
2.1	Ausnahmetatbestand für Kredite und Darlehen .....	4
2.2	Eckpunkte für ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe .....	5
2.3	Eckpunkte für ausschreibungsfreie Interkommunale Zusammenarbeit .....	6
2.4	Ermittlung des geschätzten Auftragswertes .....	7
2.5	Erkundung des Marktes .....	8
2.6	Preisabschlags- und Preisaufschlagsverfahren .....	8
2.7	Elektronische Vergaben im Oberschwellenbereich .....	9
2.8	Vorinformation ersetzt Bekanntmachung .....	9
2.9	Bekanntmachung vergebener Aufträge .....	9
2.10	Verkürzung der Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote .....	10
2.11	Ausschlussgründe wegen fehlender Eignung .....	12
2.12	Einheitliche Europäische Eigenerklärung .....	13
2.13	Verschärfung bei Nachweisen von vertrauensbildenden Maßnahmen .....	14
2.14	Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit .....	15
2.15	Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit .....	15
2.16	Zurverfügungstellung von Ausschreibungsunterlagen .....	16
2.17	Einschränkungen für zwingendes Bestbieterprinzip .....	17
2.18	Verwenden von Lebenszykluskosten .....	18
2.19	Erweiterung der Möglichkeit von Sub-Verboten .....	19
2.20	Elektronische Kataloge .....	19
2.21	Keine Änderung von Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien .....	19
2.22	Verhandlungen mit dem Bestbieter .....	20
2.23	Innovationspartnerschaft als neue Verfahrensart .....	20
2.24	Keine zwingende öffentliche Angebotsöffnung .....	21
2.25	Vereinheitlichung der Stillhaltefristen .....	21
2.26	Soziale und andere besondere Dienstleistungen .....	21
2.27	Anwendungserweiterung von Rahmenvereinbarungen .....	22
2.28	Lieferung statistischer Daten .....	22
2.29	Zulässige und unzulässige Vertragsänderungen .....	23
2.30	Verpflichtung zur Vertragskündigung .....	24
2.31	Meldepflichten bei Bauaufträgen .....	24
2.32	Exkurs: EU-Schwellenwerte .....	25
2.33	Exkurs: Schwellenwerteverordnung 2018 .....	25

## 1. AUSGANGSSITUATION

- 1.1 Die Europäische Union hat das europäische Vergaberecht grundlegend durch eine Totalrevision geändert. Diese Revision ist durch folgende EU-Richtlinien erfolgt: Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, Vergaberichtlinie 2014/24/EU und Sektorenrichtlinie 2014/25/EU. Für die Geltung von EU-Richtlinien ist es erforderlich, dass die Mitgliedstaaten die Richtlinien durch entsprechende nationale Gesetze umsetzen. Die Frist für die Umsetzung dieser EU-Richtlinien ist im Wesentlichen bereits am 18.4.2016 abgelaufen. Mit erheblicher Verspätung ist am **21.8.2018** nunmehr das Vergaberechtsreformgesetz 2018 auch in Österreich in Kraft getreten (Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen [Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018] und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen [Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 - BVergGKonz 2018] erlassen wird sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert wird [BVergGVS]). Alle Vergabeverfahren, die vor diesem Inkrafttretedatum eingeleitet wurden, sind nach der alten Rechtslage fortzusetzen und abzuschließen. Für alle Vergabeverfahren, die ab diesem Inkrafttretedatum eingeleitet wurden, gelten die neuen Vorschriften des Vergaberechtsreformgesetzes 2018.

Aus diesem Vergaberechtsreformgesetz 2018 ergeben sich in Österreich folgende grundlegenden Änderungen im Bereich des Vergaberechts:

- a. Durch die Totalrevision wird das bisherige BVergG 2006 aufgehoben und ein neues Vergabegesetz (BVergG 2018) erlassen (Art 1 des Vergaberechtsreformgesetzes 2018).
- b. Das BVergG 2018 enthält bereits jene Änderungen, die aufgrund der zwingenden elektronischen Vergabe für öffentliche Auftraggeber gelten; diese Änderungen sind also derzeit bereits im BVergG 2018 enthalten. Diese Vorschriften treten aber erst am 18.10.2018 in Kraft (Art 2 des Vergaberechtsreformgesetzes 2018).
- c. Das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 wird im Hinblick auf elektronische Kommunikation angepasst (Art 3 des Vergaberechtsreformgesetzes 2018).

- d. Die Umsetzung der Konzessionsvergaberichtlinie erfolgt dadurch, dass die bisher für Konzessionen im BVergG 2006 enthaltenen Vorschriften herausgelöst und in einem eigenen Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergGKonz 2018) geregelt werden (Art 4 des Vergaberechtsreformgesetzes 2018).

- 1.2 Inhaltlich wurden im BVergG 2018 weite Teile des bisherigen BVergG 2006 samt seinen Novellen nahezu unverändert übernommen. Daneben gibt es aber einige grundlegende Änderungen mit völlig neuen Vorschriften für den Rechtsanwender, die unten in Punkt 2 dargestellt sind. Letztlich enthält das BVergG 2018 zum Teil auch sehr diffizile Änderungen, bei denen nur einzelne Sätze oder auch nur Satzteile geändert wurden. Gerade in diesen Fällen werden die damit verbundenen Anpassungserfordernisse in der Praxis vermutlich erst im Laufe der Zeit in vollem Umfang zu Tage treten. Das bewirkt Rechtsunsicherheit für die Rechtsanwender, weil bei gewissen Fragestellungen erst die Rechtsprechung entsprechende Klarheit schaffen wird müssen.

Vor diesem Hintergrund bringt das BVergG 2018 für den Rechtsanwender neue Herausforderungen, die bei Umsetzung von Beschaffungsvorhaben zu bewältigen sind. Vielfach wird es auch erforderlich sein, die von den Praktikern verwendeten Ausschreibungsmuster an das neue Gesetz anzupassen. Dieser Prozess wird die Beschaffungspraktiker vermutlich noch mehrere Monate beschäftigen, weil – wie bereits ausgeführt wurde – die Reichweite einzelner Änderungen und die damit konkret verbundenen Rechtsfolgen sich erst im Laufe der Zeit zeigen werden. Die vorliegende Darstellung der wesentlichen Änderungen durch das BVergG 2018 soll den Rechtsanwender bei diesem Prozess begleiten und unterstützen.

## **2. WESENTLICHE ÄNDERUNGEN DURCH DAS BVergG 2018**

### **2.1 Ausnahmetatbestand für Kredite und Darlehen**

- 2.1.1 Für Aufträge über Kredite und Darlehen wurde in § 9 Abs 1 Z 15 ein neuer Ausnahmetatbestand geschaffen. Dieser Ausnahmetatbestand gilt unabhängig davon, ob der Kredit oder das Darlehen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Kauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumen-

ten stehen oder nicht. Vielmehr ist die Aufnahme von Krediten und Darlehen durch Auftraggeber generell von den vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten befreit.

2.1.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 178 Abs 1 Z 15).

## **2.2 Eckpunkte für ausschreibungsfreie Inhouse-Vergaben**

2.2.1 Für eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe müssen die vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Inhouse-Kriterien erfüllt sein. Diese Inhouse-Kriterien wurden nunmehr im BVergG 2018 im Vergleich zum bisherigen BVergG 2006 deutlich ausführlicher geregelt (§ 10 Abs 1, 2 und 4). Wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind, kommt ein direkter Vertragsabschluss ohne öffentliche Ausschreibung im Rahmen einer Inhouse-Vergabe in Betracht. Für die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist jeweils eine vergaberechtliche Einzelfallbeurteilung erforderlich:

- a. Der beauftragende Auftraggeber muss über den zu beauftragenden Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausüben. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen des kontrollierten Rechtsträgers ausübt. Eine solche Kontrolle kann auch mittelbar durch einen anderen Rechtsträger ausgeübt werden, der vom Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.
- b. Der zu beauftragende Auftragnehmer muss mehr als 80% der zu erbringenden Tätigkeiten für den kontrollierenden Auftraggeber erbringen.
- c. Es darf keine direkte private Kapitalbeteiligung am kontrollierenden Rechtsträger bestehen; zulässig sind allerdings bestimmte nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, sofern dadurch kein ausschlaggebender Einfluss vermittelt wird.

2.2.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 179 Abs 1 und 2).

## 2.3 Eckpunkte für ausschreibungsfreie Interkommunale Zusammenarbeit

2.3.1 Ausgehend von den Inhouse-Kriterien hat der Gerichtshof der Europäischen Union die dabei zu berücksichtigenden Vorgaben in der Vergangenheit weiterentwickelt und dadurch mit der Interkommunalen Zusammenarbeit einen neuen Ausnahmetatbestand entwickelt. Diese von der Rechtsprechung formulierten Kriterien wurden nunmehr im BVergG 2018 unter dem Titel öffentlich-öffentliche Verhältnisse geregelt (§ 10 Abs 3 und 4). Wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind, kommt ein direkter Vertragsabschluss ohne öffentliche Ausschreibung im Rahmen einer Interkommunalen Zusammenarbeit (öffentlich-öffentliche Kooperation) in Betracht. Für die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist jeweils eine vergaberechtliche Einzelfallbeurteilung erforderlich:

- a. Der Ausnahmetatbestand der interkommunalen Zusammenarbeit kommt unter anderem dann nicht in Betracht, wenn Pflichten und Gegenpflichten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer in einem Austauschverhältnis („*synallagmatisches Geschäft*“) stehen. Daher müssen alle Beteiligten einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung erbringen, der über eine allfällig vorgesehene Entgeltzahlung hinausgeht. Diese Voraussetzung wird dann nicht erfüllt, wenn einer der beteiligten öffentlichen Auftraggeber als reiner Leistungsbeschaffer („Geld gegen Leistung“) auftritt.
- b. An der interkommunalen Zusammenarbeit dürfen sich ausschließlich öffentliche Auftraggeber beteiligen. Die Beteiligung von Privaten an einer interkommunalen Zusammenarbeit ist jedenfalls nicht zulässig.
- c. Der Leistungsaustausch muss sich auf „*öffentliche Dienstleistungen*“ im Sinne des BVergG 2018 beziehen. Sollten daher davon auch Bau- und / oder Lieferleistungen betroffen sein, ist eine interkommunale Zusammenarbeit ohne öffentliche Ausschreibung unzulässig.
- d. Die Zusammenarbeit muss ausschließlich durch Überlegungen des „*öffentlichen Interesses*“ bestimmt sein. Dabei muss ausgeschlossen sein, dass private Unternehmen besser oder schlechter gestellt werden.

- e. Die beteiligten öffentlichen Auftraggeber müssen auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. In Absatz 4 ist zwar geregelt, wie diese 20% ermittelt werden. Weder aus dem BVergG 2018 samt Gesetzesmaterialien, noch aus der EU-Vergabe-Richtlinie ergeben sich aber Hinweise für die Auslegung dieses Kriteriums des „*offenen Marktes*“. In der Praxis ist damit ohne klarstellende Judikatur eine entsprechende Rechtsunsicherheit verbunden.

2.3.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 179 Abs 3 und 4).

## **2.4 Ermittlung des geschätzten Auftragswertes**

- 2.4.1 Bei Ermittlung des geschätzten Auftragswertes hat der Auftraggeber ein allgemeines Umgehungsverbot (Auftragsplitten) zu berücksichtigen (§ 13 Abs 5). Maßgeblich für die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes ist bei Liefer- und Dienstleistungen unter anderem der potentielle Bieterkreis und bei Bauaufträgen das jeweilige Bauvorhaben. Der Verfassungsausschuss hat im Gesetzwerdungsprozess ausdrücklich klargestellt, dass bei Lieferungen und Dienstleistungen der potentielle Bieterkreis relevant ist. Daher besteht eine Zusammenrechnungspflicht beispielsweise bei Planungsleistungen nur für dasselbe Fachgebiet. Dies bedeutet, dass beispielsweise die geschätzten Honorare für die einzelnen Fachplanungen (Architektur, Haustechnik, Elektrotechnik, Statik, Bauphysik), die für die Errichtung eines Gebäudes erforderlich sind, bei Ermittlung des geschätzten Auftragswertes nicht zusammengerechnet werden müssen.

Besteht der Auftraggeber aus mehreren Organisationseinheiten, sind bei Ermittlung des geschätzten Auftragswertes die einzelnen Auftragswerte für alle Organisationseinheiten grundsätzlich zusammenzurechnen. Abweichend davon kann jedoch der Auftragswert ausschließlich auf Ebene einer eigenständigen Organisationseinheit geschätzt werden, wenn die betreffende Einheit selbständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist; unter diesen Voraussetzungen muss daher der Auftragswert mehrerer eigenständiger Organisationseinheit nicht zusammengerechnet werden (§ 13 Abs 4).

2.4.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 186 Abs 4 und 5).

## **2.5 Erkundung des Marktes**

2.5.1 Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens kann der Auftraggeber eine Markterkundung durchführen und potentiell interessierte Unternehmen über ein geplantes Vorhaben und die dabei relevanten Anforderungen informieren (§ 24). Die dabei vom Auftraggeber gewonnenen Informationen der Markterkundung können für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens genutzt werden. Der Auftraggeber hat dabei aber strikt darauf zu achten, dass dadurch keine Wettbewerbsverzerrungen und Verstöße gegen die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze erfolgen.

2.5.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 197).

## **2.6 Preisabschlags- und Preisaufschlagsverfahren**

2.6.1 Der Auftraggeber hat nunmehr die freie Wahl zwischen Preisangebotsverfahren einerseits sowie dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren andererseits (§ 29 Abs 1). Nach dem BVergG 2006 war das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Im Rahmen des Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahrens kann der Auftraggeber bestimmte (Einheits-) Preise im Leistungsverzeichnis verbindlich vorgeben. Die Bieter haben dann bei der Angebotsabgabe nur die Möglichkeit, entweder einen Aufschlag oder einen Abschlag nach den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen anzubieten. In der Praxis wird aus der Sicht des Auftraggebers dabei in den meisten Fällen wohl nur ein Preisabschlagsverfahren in Betracht kommen.

2.6.2 Im Sektorenregime sind Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren nicht ausdrücklich geregelt. Da es also keine einschränkenden gesetzlichen Vorschriften gibt, ist davon auszugehen, dass der Sektorenauftraggeber diese Verfahren ebenso frei wählen darf.



## **2.7 Elektronische Vergaben im Oberschwellenbereich**

2.7.1 Ab 18.10.2018 müssen gemäß § 48 im Oberschwellenbereich alle Vergabeverfahren vollelektronisch durchgeführt werden; dies betrifft insbesondere die Bekanntmachung, die Ausschreibungsunterlagen, die Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bieter, die Angebotsabgabe, die Angebotsprüfung etc. Im Unterschwellenbereich müssen auch künftig Vergabeverfahren nicht elektronisch abgewickelt werden, sondern dürfen – wie bisher – auch konventionell durchgeführt werden.

2.7.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 217).

## **2.8 Vorinformation ersetzt Bekanntmachung**

2.8.1 Eine Vorinformation kann beim nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren jeweils mit vorheriger Bekanntmachung eine reguläre öffentliche Bekanntmachung ersetzen; dies gilt allerdings nur für einen Auftraggeber, der nicht in Anhang III zum BVergG 2018 genannt ist. Dieser Anhang enthält die Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber (Ministerien, AIT Austrian Institute of Technology GmbH, Bundesbeschaffung GesmbH, Bundesrechenzentrum GesmbH). Durch eine solche Verwendung der Vorinformation kann der Auftraggeber zum einen die Verfahrensdauer verkürzen; zum anderen ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, auch tatsächlich ein verbindliches Vergabeverfahren einzuleiten, weil die Vorinformation unverbindlich ist (§§ 57 Abs 2 und 60 Abs 2).

2.8.2 Diese Ausführungen gelten im Wesentlichen auch im Sektorenregime (§§ 226 und 203). Anstelle der Vorinformation hat allerdings der Sektorenauftraggeber die Möglichkeit, regelmäßige nichtverbindliche Bekanntmachungen zu veröffentlichen.

## **2.9 Bekanntmachung vergebender Aufträge**

2.9.1 Nach dem BVergG 2006 mussten vergebene Aufträge nur im Oberschwellenbereich öffentlich bekannt gemacht werden. Nunmehr muss auch im Unterschwellenbereich ab einem Auftragswert von EUR 50.000,00 netto eine Bekanntmachung unter [www.data.gv.at](http://www.data.gv.at) veröffentlicht und für fünf Jahre zur Verfügung gestellt werden

(§ 66); dies gilt allerdings nur für Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes. Diese Bekanntmachung muss bei Aufträgen im Oberschwellenbereich zusätzlich zur europaweiten Bekanntmachung über vergebene Aufträge veröffentlicht werden.

2.9.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 232).

## 2.10 Verkürzung der Mindestfristen für Teilnahmeanträge und Angebote

2.10.1 Die Mindestfristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen und Angeboten wurden zum Teil gekürzt; dies betrifft insbesondere den Oberschwellenbereich (§§ 70 ff). Da diese gesetzlichen Mindestfristen nunmehr zum Teil relativ kurz sind, ist zusätzlich der Angemessenheitsgrundsatz im Besonderen zu berücksichtigen. Ist nämlich mit dem Erstellen eines Teilnahmeantrages oder Angebotes ein erhöhter Aufwand verbunden, wird es nach dem Angemessenheitsgrundsatz erforderlich sein, auch (deutlich) längere Fristen festzulegen.

Im Konkreten gelten im **Oberschwellenbereich** die nachstehenden gesetzlichen Mindestfristen für die wichtigsten Verfahrensarten; das BVergG enthält für die restlichen Verfahrensarten zusätzlich weitere Fristen. Diese Fristen können bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen auch noch verkürzt werden (§§ 73 und 74). Bei Festlegung der Fristen hat der Auftraggeber die allgemeinen Grundsätze gemäß den §§ 67 und 68 zu berücksichtigen; dies betrifft im Besonderen den Angemessenheitsgrundsatz. Demnach müssen die Fristen jeweils so angemessen sein, dass den Bietern ausreichend Zeit zur Verfügung steht, um die in den Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen geforderten Aufgabenstellungen zu erfüllen. Die im Folgenden angegebenen Tage gelten jeweils als Kalendertage:

a. Teilnahmefristen (§ 70)

- |     |                         |         |
|-----|-------------------------|---------|
| a.1 | Verhandlungsverfahren   | 30 Tage |
| a.2 | Nicht offenes Verfahren | 30 Tage |

b. Angebotsfristen (§ 71)

- |     |                         |          |
|-----|-------------------------|----------|
| b.1 | Offenes Verfahren       | 30 Tage  |
| b.2 | Nicht offenes Verfahren | 25 Tage* |

b.3 Verhandlungsverfahren 25 Tage\*

b.4 Nicht offenes Verfahren 10 Tage\*\*

b.5 Verhandlungsverfahren 10 Tage\*\*

\* Diese Fristen gelten für Auftraggeber gemäß Anhang III.

\*\* Diese Fristen gelten für Auftraggeber, die nicht in Anhang III genannt sind.

Im Konkreten gelten im **Unterschwellenbereich** die nachstehenden gesetzlichen Mindestfristen für die wichtigsten Verfahrensarten; das BVergG enthält für die restlichen Verfahrensarten auch entsprechende Fristen. Die im Folgenden angegebenen Tage gelten jeweils als Kalendertage:

a. Teilnahmefristen (§ 75)

a.1 Verhandlungsverfahren 14 Tage

a.2 Nicht offenes Verfahren 14 Tage

b. Angebotsfristen (§ 76)

b.1 Offenes Verfahren 20 Tage

b.2 Nicht offenes Verfahren 10 Tage

b.3 Verhandlungsverfahren 10 Tage

2.10.2 Im Sektorenregime gelten im **Oberschwellenbereich** die nachstehenden gesetzlichen Mindestfristen für die wichtigsten Verfahrensarten; das BVergG enthält für die restlichen Verfahrensarten zusätzlich weitere Fristen. Diese Fristen können bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen auch noch verkürzt werden (§§ 245 und 246). Bei Festlegung der Fristen hat der Sektorenauftraggeber die allgemeinen Grundsätze gemäß den §§ 238 und 239 zu berücksichtigen; dies betrifft wiederum im Besonderen den Angemessenheitsgrundsatz. Demnach müssen die Fristen jeweils so angemessen sein, dass den Bietern ausreichend Zeit zur Verfügung steht, um die in den Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen geforderten Aufgabenstellungen zu erfüllen. Die im Folgenden angegebenen Tage gelten jeweils als Kalendertage:

a. Teilnahmefristen (§ 242)

a.1 Verhandlungsverfahren 15 Tage

a.2 Nicht offenes Verfahren 15 Tage

- b. Angebotsfristen (§ 243)
  - b.1 Offenes Verfahren 30 Tage
  - b.2 Nicht offenes Verfahren 10 Tage
  - b.3 Verhandlungsverfahren 10 Tage

Im Sektorenregime gibt es für den **Unterschwellenbereich** keine konkreten Vorgaben für die gesetzlichen Mindestfristen (§ 247). Bei Festlegung der Fristen hat der Sektorenauftraggeber lediglich die allgemeinen Grundsätze gemäß den §§ 238 bis 240 zu berücksichtigen; dies betrifft im Besonderen den Angemessenheitsgrundsatz.

## 2.11 Ausschlussgründe wegen fehlender Eignung

- 2.11.1 Die Ausschlussgründe wegen fehlender vergaberechtlicher Eignung im Zusammenhang mit der Zuverlässigkeit der Bieter wurden zum einen aus dem BVergG 2006 im Wesentlichen übernommen; zusätzlich wurden aber auch neue Ausschlussstatbestände geschaffen (§ 78 Abs 1). Als neuer Tatbestand kommt etwa ein Ausschluss dann in Betracht, wenn ein Bieter bei Erfüllung wesentlicher Anforderungen eines früheren Auftrages erhebliche oder dauerhafte Mängel verursacht hat, die zu einer Vertragskündigung oder einem Schadenersatz geführt haben (Ziffer 9). Darüber hinaus kommt ein Ausschluss als neuer Tatbestand dann in Betracht, wenn ein Bieter falsche (schwerwiegende) Erklärungen im Zusammenhang mit seiner Befugnis, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit abgegeben hat; dies gilt auch dann, wenn der Bieter solche Erklärungen im Rahmen der Angebotsprüfung nicht abgegeben hat, obwohl er dazu vom Auftraggeber aufgefordert wurde (Ziffer 10). Als weiterer neuer Tatbestand kommt ein Ausschluss in Betracht, wenn der Bieter versucht, die Entscheidungsfindung über die Auftragsvergabe zu beeinflussen. Ferner kommt ein neuer Tatbestand dann in Betracht, wenn der Bieter versucht, vertrauliche Informationen in einem Vergabeverfahren zu erlangen. Letztlich kommt ein neuer Ausschlussstatbestand auch dann in Betracht, wenn der Bieter fahrlässig irreführende Informationen dem Auftraggeber übermittelt (Ziffer 11).

Im Hinblick auf diese neuen Ausschlussstatbestände ist jeweils zu berücksichtigen, dass die dabei vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe äußerst schwammig sind

und erheblichen Interpretationsspielraum beinhalten. Der Auftraggeber trägt aber bei einer Inanspruchnahme allfälliger Ausschlussgründe jeweils die volle Beweislast. Daher muss der Auftraggeber das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsmerkmale auch jeweils nachweisen, wenn er einen solchen Ausschlussgrund in Anspruch nehmen will. Da mit diesen Ausschlussstatbeständen auch ein zum Teil erheblicher Vorwurf gegenüber dem Bieter verbunden ist, ist die Wahrscheinlichkeit in den meisten Fällen vermutlich sehr hoch, dass der Bieter einen darauf gestützten Ausschluss mit einem Nachprüfungsantrag bekämpft. Daher sollten diese Ausschlussgründe nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden und zwar dann, wenn dem Auftraggeber tatsächlich belastbare Anhaltspunkte für entsprechende Verfehlungen des Bieters nachweisbar vorliegen.

- 2.11.2 Diese Ausführungen gelten im Wesentlichen auch im Sektorenregime (§ 249); allerdings begründen unter anderem die oben angeführten neuen Tatbestände keinen zwingenden Ausschluss. Vielmehr berechtigen diese Tatbestände den Auftraggeber nur zu einem Ausschluss. Diese Tatbestände sind also ausdrückliche Kann-Bestimmungen.

## **2.12 Einheitliche Europäische Eigenerklärung**

- 2.12.1 Im Oberschwellenbereich steht es dem Bieter frei, die Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) für den Nachweis der vergaberechtlichen Eignung zu verwenden (§ 80 Abs 2). Im Oberschwellenbereich darf also der Auftraggeber den Bieter nicht zwingen, vom Auftraggeber selbst vorgegebene Formulare für den Nachweis der vergaberechtlichen Eignung zu verwenden. Diese EEE umfasst europaweite standardisierte Formulare, die der Bieter für eine Eigenerklärung zum Nachweis der vergaberechtlichen Eignung verwenden kann. Bei Verwendung der EEE ist jedoch zu berücksichtigen, dass die EEE äußerst allgemein gehalten ist und damit in einem konkreten Vergabeverfahren wenige Informationen für eine effektive Eignungs- und insbesondere Auswahlprüfung liefert. Aus diesen Gründen empfiehlt es sich, den Bietern zwar die Möglichkeit einer freiwilligen Verwendung der EEE einzuräumen; ein allfälliger Ausschluss der EEE in den Ausschreibungsunterlagen wäre vergaberechtlich nicht zulässig. Zusätzlich sollte den Bietern aber auch die Möglichkeit aufgezeigt werden, freiwillig die vom Auftraggeber vorgegebenen Formulare zu ver-

wenden; diese Formulare enthalten in der Praxis deutlich detailliertere Informationen, sodass dadurch eine bessere Eignungs- und insbesondere Auswahlprüfung möglich ist.

- 2.12.2 Im Sektorenregime kann der Bieter seine Eignung ebenso mit der EEE belegen. Allerdings ist der Sektorenauftraggeber auch berechtigt, selbst verfasste Erklärungen in den Ausschreibungsunterlagen vorzusehen, die der Bieter verwenden kann, um seine Eignung zu belegen (§ 251 Abs 2).

### **2.13 Verschärfung bei Nachweisen von vertrauensbildenden Maßnahmen**

- 2.13.1 Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes wegen fehlender vergaberechtlicher Zuverlässigkeit kommt in den meisten Fällen ein sofortiger Ausschluss des Bieters nicht in Betracht. Der Auftraggeber muss dem betreffenden Bieter gemäß § 83 Abs 2 und 3 den Nachweis ermöglichen, dass der Bieter vertrauensbildende Maßnahmen gesetzt hat, die den nochmaligen Eintritt eines Ausschlussgrundes unwahrscheinlich machen. Der Bieter muss also die Möglichkeit erhalten, vertrauensbildende Maßnahmen nachzuweisen. Solche vertrauensbildenden Maßnahmen setzen zum Ersten voraus, dass der Bieter in der Vergangenheit jeglichen von ihm zu vertretenden Schaden ausgeglichen hat. Zum Zweiten muss der Bieter eine aktive Zusammenarbeit mit entsprechenden Ermittlungsbehörden nachweisen. Zum Dritten muss eine effektive Maßnahme vom Bieter nachgewiesen werden, um künftig den Eintritt weiterer Ausschlussgründe zu vermeiden; für diese effektiven Maßnahmen kommt entweder die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens oder die Einschaltung eines Organs der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung oder die Einführung interner Haftungs- und Schadenersatzregelungen in Betracht. Die konkreten Maßnahmen müssen verhältnismäßig im Hinblick auf die Schwere der Rechtsverletzung (Dauer, Anzahl der illegal Beschäftigten etc) sein.
- 2.13.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 254 Abs 2 und 3).

## **2.14 Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**

- 2.14.1 Die Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sind in § 84 mit Verweis auf Anhang X zum Teil neu geregelt worden. Gemäß Absatz 2 dieses Anhangs darf grundsätzlich kein höherer Mindestgesamtjahresumsatz als der geschätzte zweifache Auftragswert in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden; diese Begrenzung darf nur in begründeten Ausnahmefällen im Einzelfall überschritten werden. Der Auftraggeber hat die wichtigsten Gründe für eine solche Überschreitung in den Ausschreibungsunterlagen oder im Vergabevermerk anzugeben.
- 2.14.2 Die oben stehenden Ausführungen gelten nicht im Sektorenregime (§§ 248 ff). Vielmehr ist der Sektorenauftraggeber berechtigt, die für ihn jeweils passend erscheinenden Eignungskriterien und -nachweise in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, sofern diese durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt sind. Der Sektorenauftraggeber ist also gegenüber dem klassischen Auftraggeber durch das BVergG 2018 in diesem Zusammenhang deutlich weniger gebunden.

## **2.15 Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit**

- 2.15.1 Die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit sind in § 85 mit Verweis auf Anhang XI zum Teil grundlegend neu geregelt worden. Wie bisher unterscheidet dieser Anhang bei den in Betracht kommenden Nachweisen zwischen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Die dabei zur Verfügung stehenden Nachweise sind zwar für die drei Auftragsarten im Wesentlichen gleich geregelt; im Detail können sich die zulässigen Nachweise aber doch voneinander unterscheiden. Da die Aufzählung dieser Nachweise taxativ (abschließend) ist, muss jeweils pro Auftragsart stets darauf geachtet werden, dass tatsächlich nur jene Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen gefordert werden, die für die betreffende Auftragsart auch tatsächlich vorgesehen sind.

Darüber hinaus ist in § 85 ausdrücklich geregelt, dass zum Nachweis von Referenzen folgende Angaben gefordert werden dürfen: Name und Sitz des Leistungsempfängers; Name der Auskunftsperson; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Angabe,

ob Leistung ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Demnach ist weder in § 85 noch in Anhang XI zum BVergG eine Auftraggeber-Bestätigung über die ordnungsgemäße Leistungserbringung als Eignungsnachweis vorgesehen. Aufgrund der taxativen Aufzählung der zulässigen Eignungsnachweise für die technische Leistungsfähigkeit könnte daher argumentiert werden, dass Auftraggeber-Bestätigungen, mit denen der seinerzeitige Auftraggeber die ordnungsgemäße Leistungserbringung bei einer Referenz bestätigt, vergaberechtlich nicht mehr zulässig sind. Da solche Auftraggeber-Bestätigungen für den Nachweis einer Referenz von grundlegender Bedeutung sind, sollte in den Ausschreibungsunterlagen zumindest die Möglichkeit vorgesehen werden, dass die Bieter freiwillig solche Auftraggeber-Bestätigungen vorlegen können. Zusätzlich sollte festgelegt werden, dass der Auftraggeber berechtigt ist, von sich aus entsprechende Auftraggeber-Bestätigungen einzuholen, wenn der betreffende Bieter auf die freiwillige Vorlage von Auftraggeber-Bestätigungen verzichten sollte.

Im Hinblick auf den zulässigen Referenzzeitraum ist für Liefer- und Dienstleistungen eine Dauer von drei Jahren und für Bauleistungen eine Dauer von fünf Jahren vorgesehen. Allerdings können auch Referenzen mit einem längeren Referenzzeitraum zugelassen werden, sofern dies für die Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs erforderlich ist.

- 2.15.2 Die oben stehenden Ausführungen gelten nicht im Sektorenregime (§§ 248 ff). Es gibt insbesondere keine taxative Aufzählung von Eignungskriterien und -nachweisen. Vielmehr ist der Sektorenauftraggeber berechtigt, die jeweiligen Eignungskriterien und -nachweise in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, sofern diese durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Dies bedeutet unter anderem, dass der Sektorenauftraggeber von den Bietern auch – wie bisher – entsprechende Auftraggeber-Bestätigungen fordern darf.

## **2.16 Zurverfügungstellung von Ausschreibungsunterlagen**

- 2.16.1 Gemäß § 89 Abs 1 sind Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmals verfügbar ist. Nach diesem Wortlaut könnte die Ansicht vertreten werden, dass die finalen Ausschreibungsunterlagen der zwei-



ten Stufe bereits am Beginn der ersten Stufe allen Interessenten zur Verfügung zu stellen sind. Ein solches Verständnis würde den bisherigen praktischen Umfang mit zweistufigen Verfahrensarten grundlegend in Frage stellen. In der Praxis werden nämlich bis dato die finalen Ausschreibungsunterlagen ausschließlich jenen geeigneten Unternehmen zur Verfügung gestellt, die aufgrund der Eignungs- und Auswahlprüfung in der ersten Stufe als geeignet bewertet und zur Angebotsabgabe zur zweiten Stufe zugelassen wurden.

Es gibt jedoch gute Argumente, den Begriff „Ausschreibungsunterlagen“ in § 89 Abs 1 nicht wörtlich im Sinne des herkömmlichen Verständnisses von Ausschreibungsunterlagen, die in der zweiten Stufe offenzulegen sind, zu verstehen, sondern als Teilnahmeunterlagen. Diese Argumente lassen sich sowohl auf einzelne Vorschriften des BVergG 2018 selbst stützen als auch auf einzelne Bestimmungen der EU-Vergabe-Richtlinie. Folgt man diesen Argumenten, besteht auch nach dem BVergG 2018 keine Verpflichtung, die Ausschreibungsunterlagen der zweiten Stufe bereits am Beginn der ersten Stufe allen Interessenten offenzulegen. Dennoch muss darauf hingewiesen werden, dass es dafür auch Gegenargumente gibt und daher eine entsprechende Rechtsunsicherheit besteht.

2.16.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 260 Abs 1).

## **2.17 Einschränkung für zwingendes Bestbieterprinzip**

2.17.1 Bereits durch die Novelle 2016 wurde klargestellt, dass auch im Unterschwellenbereich keine freie Wahl zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip mehr zulässig ist; diese Regelung wird auch im BVergG 2018 beibehalten. Dennoch ist das Billigstbieterprinzip nicht gänzlich unzulässig. Das Billigstbieterprinzip kommt nämlich dann in Betracht, wenn der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist. In diesen Fällen ist sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich das Billigstbieterprinzip zulässig. Daneben regelt § 91 Abs 5 bestimmte Ausschreibungsgegenstände, die – unabhängig vom Qualitätsstandard – jedenfalls und zwingend immer nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden müssen. Diese Ausschreibungsgegenstände, die ein Bestbieterprinzip erfordern, sind: (geistige) Dienstleistungen, die

im Verhandlungsverfahren vergeben werden; Ausschreibungsgegenstände mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung; Bauaufträge mit einem Auftragswert von EUR 1,0 Mio netto oder mehr; Ausschreibungsgegenstände, die im wettbewerblichen Dialog oder als Innovationspartnerschaft vergeben werden. Alle anderen Ausschreibungsgegenstände, für die zum Teil nach der Novelle 2016 noch das Bestbieterprinzip erforderlich war, wurden mit dem BVergG 2018 aus dem zwingenden Bestbieterprinzip entlassen. Für diese Ausschreibungsgegenstände müssen nur mehr sonstige Qualitätsaspekte entweder in Eignungs-, Auswahl oder Zuschlagskriterien oder im Vertrag oder in der Leistungsbeschreibung oder im Leistungsverzeichnis berücksichtigt werden. Da aber in diesen Ausschreibungsbestandteilen ohnehin immer auch – zumindest gewisse – Qualitätsaspekte geregelt werden, ist mit dieser neuen Regelung keine besondere Einschränkung für den Auftraggeber verbunden.

- 2.17.2 Diese Ausführungen gelten im Wesentlichen auch im Sektorenregime (§ 262 Abs 4); allerdings begründen (geistige) Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren vergeben werden, und Ausschreibungsgegenstände mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung kein zwingendes Bestbieterprinzip. Sofern daher für solche Auftragsvergaben ein Qualitätsstandard in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist, ist in diesen Fällen auch das Billigstbieterprinzip zulässig.

## **2.18 Verwenden von Lebenszykluskosten**

- 2.18.1 Bei der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses kann der Auftraggeber im Rahmen der Bestbieterermittlung entsprechende Lebenszykluskosten berücksichtigen (§ 92). Dies betrifft beispielsweise Anschaffungs-, Nutzungs- und Wartungskosten etc; ferner können Effekte der Umweltbelastung entsprechend berücksichtigt werden. Die konkrete Berechnung der Lebenszykluskosten muss in den Ausschreibungsunterlagen offengelegt werden. Dabei hat der Auftraggeber das Diskriminierungsverbot zu berücksichtigen.
- 2.18.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 263).

## **2.19 Erweiterung der Möglichkeit von Sub-Verboten**

- 2.19.1 Der Auftraggeber kann bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- und Installationsdienstleistungen im Zusammenhang mit Lieferaufträgen in den Ausschreibungsunterlagen ein so genanntes Subunternehmerverbot festlegen (§ 98 Abs 4). Gegebenenfalls müssen kritische Aufgaben des Ausschreibungsgegenstandes vom Bieter selbst durchgeführt werden und dürfen daher nicht auf einen Subunternehmer übertragen werden. Zusätzlich kommt ein solches Subunternehmerverbot auch allgemein dann in Betracht, sofern dies sachlich gerechtfertigt ist.
- 2.19.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 268 Abs 4).

## **2.20 Elektronische Kataloge**

- 2.20.1 Mit § 102 wird die Verwendung elektronischer Kataloge eingeführt. Die praktischen Anwendungsbereiche dieser Kataloge sind völlig unklar, weil dazu weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien entsprechende Anhaltspunkte enthalten sind.
- 2.20.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 271).

## **2.21 Keine Änderung von Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien**

- 2.21.1 Die Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sind kein Gegenstand von Verhandlungen; darüber hinaus dürfen Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien während eines Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden (§ 114 Abs 2 und 5). Diese Einschränkungen beziehen sich ausdrücklich nur auf das Verhandlungsverfahren. Allerdings sind damit deutliche Einschränkungen beim Verhandlungsverfahren verbunden. Dem Auftraggeber wird es damit – zumindest teilweise – untersagt, allfällige Innovationen oder sonstige Expertise der Bieter, die in den Verhandlungsrunden erörtert werden, im weiteren Verhandlungsverfahren auch tatsächlich zu nutzen. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass nicht jegliche Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen eine Mindestanforderung im Sinne dieser Vorschrift ist, die nicht geändert werden darf und über die Verhandlungen unzulässig sind. Für eine möglichst präzise Abgrenzung von Mindestanforderungen, für die

keine Änderungen und keine Verhandlungen zulässig sind, und sonstigen Anforderungen, für die Änderungen und Verhandlungen zulässig sind, sollten entsprechende Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen berücksichtigt werden.

2.21.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 281 Abs 2 und 5).

## **2.22 Verhandlungen mit dem Bestbieter**

2.22.1 Im Unterschwellenbereich kann sich der Auftraggeber gemäß § 114 Abs 9 in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten, dass er bei vollständig ausgearbeiteten und vergleichbaren Angeboten die Verhandlungen nur mit dem Bieter des bestgereihten Angebotes führt. Allfällige Verhandlungen mit den übrigen Bietern erfolgen nur dann, wenn die Verhandlungen mit diesem erstgereihten Bieter nicht abgeschlossen werden.

2.22.2 Diese Ausführungen gelten im Wesentlichen auch im Sektorenregime (§ 282 Abs 9). Allerdings ist dieser Vorbehalt nicht auf den Unterschwellenbereich beschränkt und kann daher auch im Oberschwellenbereich in Anspruch genommen werden.

## **2.23 Innovationspartnerschaft als neue Verfahrensart**

2.23.1 Die Innovationspartnerschaft wurde als neue Verfahrensart in das BVergG 2018 aufgenommen. Diese neue Verfahrensart kommt bei der Entwicklung innovativer Waren-, Bau- und Dienstleistungen sowie beim Erwerb dieser Innovationsleistungen in Betracht. Eine Innovationspartnerschaft kann mit einem Partner oder mehreren Partnern gebildet werden. Im Konkreten ist diese Verfahrensart als besonderes Verhandlungsverfahren durchzuführen (§§ 118 ff). Die Vorteile dieser neuen Verfahrensart sind nicht wirklich ersichtlich. Da diese Verfahrensarte nach den ausdrücklichen Ausführungen des Gesetzgebers im Wesentlichen als Verhandlungsverfahren durchzuführen sind, sind damit auch keine spürbaren Vorteile für den Auftraggeber gegenüber einem herkömmlichen Verhandlungsverfahren verbunden.

2.23.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§§ 285 ff).

## **2.24 Keine zwingende öffentliche Angebotsöffnung**

- 2.24.1 Sowohl beim offenen als auch beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist gemäß § 133 Abs 4 keine öffentliche Angebotsöffnung mehr erforderlich. Vielmehr ist der Auftraggeber berechtigt, in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, dass keine öffentliche Angebotsöffnung stattfindet; in diesem Fall muss allerdings der Auftraggeber allen Bietern, die ein Angebot abgegeben haben, nach der Angebotsöffnung das Angebotsöffnungsprotokoll unaufgefordert übermitteln.
- 2.24.2 Im Sektorenregime war bereits nach dem BVergG 2006 keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich. Diese Regelung wird auch im BVergG 2018 beibehalten (§ 298 Abs 5).

## **2.25 Vereinheitlichung der Stillhaltefristen**

- 2.25.1 Die Stillhaltefrist wird für den Ober- und Unterschwellenbereich vereinheitlicht und beträgt nunmehr zehn Kalendertage (§ 144 Abs 1).
- 2.25.2 Diese Ausführungen gelten auch im Sektorenregime (§ 306 Abs 1).

## **2.26 Soziale und andere besondere Dienstleistungen**

- 2.26.1 Im BVergG 2018 wurde die bisherige Differenzierung zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen aufgegeben. Als Ausgleich dafür wurden die sogenannten sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (§ 151) eingeführt. Ähnlich wie bei nicht prioritären Dienstleistungen hat der Auftraggeber dabei einen umfassenden Spielraum bei Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen. Die konkrete Definition der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen ist in Anhang XVI zum BVergG 2018 geregelt. Diese Definition erfolgt anhand des CPV-Codes, der auch bei öffentlichen Bekanntmachungen zur Verfahrenseinleitung zu verwenden ist. Obwohl ein umfassender Gestaltungsspielraum und damit entsprechende Flexibilität für den Auftraggeber bei der Vergabe dieser Dienstleistungen besteht, ist auch in diesen Fällen eine Direktvergabe nur bis EUR 100.000,00 netto zulässig.

Eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ist bis EUR 150.000,00 netto zulässig; dieser Sub-Schwellenwert ist also gegenüber konventionellen Dienstleistungen geringfügig höher.

- 2.26.2 Diese Ausführungen gelten im Wesentlichen auch im Sektorenregime (§ 312); allerdings ist für einen Sektorenauftraggeber eine Direktvergabe bis EUR 150.000,00 netto und eine Direktvergabe mit Bekanntmachung bis 200.000,00 netto zulässig.

## **2.27 Anwendungserweiterung von Rahmenvereinbarungen**

- 2.27.1 Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf grundsätzlich vier Jahre nicht überschreiten (§ 154 Abs 5). Ausnahmsweise ist jedoch aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung in sachlich gerechtfertigten Fällen auch eine längere Laufzeit zulässig; die Gründe für eine längere Laufzeit müssen vom Auftraggeber dokumentiert werden. Wesentlich ist jedoch, dass es keine absolute Obergrenze für die Dauer der Rahmenvereinbarung gibt. (Anmerkung: Nach dem BVergG 2006 durften Rahmenvereinbarungen grundsätzlich nur auf drei Jahre und in Ausnahmefällen maximal auf fünf Jahre abgeschlossen werden.)
- 2.27.2 Im Sektorenregime gibt es überhaupt keine zeitliche Begrenzung für die Dauer der Rahmenvereinbarung (§ 208). Darüber hinaus ist die Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Sektorenregime nur äußerst rudimentär geregelt.

## **2.28 Lieferung statistischer Daten**

- 2.28.1 Der Auftraggeber ist gemäß § 360 verpflichtet, statistische Daten über die im vorangegangenen Jahr vergebenen Aufträge zu liefern. Diese Datenlieferung muss bis zum 10. Februar des jeweiligen Folgejahres erfolgen. Ein Auftraggeber, der in den Vollzugsbereich des Bundes fällt, hat diese statistischen Daten dem Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz zu liefern. Bei einem Auftraggeber aus dem Vollziehungsbereich eines Landes hat diese Datenlieferung an die jeweilige Landesregierung zu erfolgen. Inhaltlich sind die zu liefernden Daten in Absatz 5 geregelt.

2.28.2 Da sich diese Ausführungen auf den 5. Teil des BVergG 2018 beziehen, gelten diese auch im Sektorenregime.

## **2.29 Zulässige und unzulässige Vertragsänderungen**

2.29.1 Nach Abschluss des Vergabeverfahrens und während der Vertragserfüllung dürfen die ursprünglich ausgeschriebenen Bedingungen nicht in beliebigem Umfang mit entsprechenden Zusatzvereinbarungen geändert werden. Wesentliche Vertragsänderungen bewirken nämlich eine neuerliche Ausschreibungspflicht; demnach können nur unwesentliche Vertragsänderungen individuell zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart werden. Die Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Vertragsänderungen hat daher grundlegende Bedeutung. Für diese Abgrenzung ist in § 365 Abs 2 zunächst eine Generalregelung für wesentliche Änderungen enthalten, die jedenfalls zu einer neuerlichen Ausschreibungspflicht führen: Zum Ersten liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn diese den relevanten Bieterkreis ändert oder zu einem anderen Ergebnis des Vergabeverfahrens führen würde. Zum Zweiten liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages zugunsten des Auftragnehmers geändert wird. Zum Dritten liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn der Umfang des Vertrages erheblich ausgeweitet wird. Zum Vierten liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn ein anderer Auftragnehmer zur Leistungserbringung beigezogen wird und ein solcher Wechsel in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen ist.

Darüber hinaus regelt § 366 Abs 3 unwesentliche Änderungen, die jedenfalls nicht ausschreibungspflichtig sind: Zum Ersten ist eine Auftragserweiterung bei Liefer- und Dienstleistungen bis zu 10% und bei Bauaufträgen bis zu 15% des ausgeschriebenen Auftrages jedenfalls unproblematisch. Zum Zweiten sind klare, präzise und eindeutige Überprüfungsklauseln, die Umfang und Art der Änderung determinieren (Optionen etc), jedenfalls zulässig. Zum Dritten können zusätzliche Bau- oder Dienstleistungen bis zu 50% des Auftrages ohne neuerliche Ausschreibung vereinbart werden, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers unvertretbar wäre.

2.29.2 Da sich diese Ausführungen auf den 5. Teil des BVergG 2018 beziehen, gelten diese auch im Sektorenregime.

## **2.30 Verpflichtung zur Vertragskündigung**

- 2.30.1 Der Auftraggeber hat gemäß § 366 einen bereits geschlossenen Vertrag unverzüglich zu beenden, wenn nachträglich – also während der Vertragserfüllung – entsprechende Tatbestände hervorkommen. Ein solcher Tatbestand liegt zum einen dann vor, wenn der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung gemäß § 78 Abs 1 Z 1 (klassische Auftraggeber) bzw § 249 Abs 1 (Sektorenauftraggeber) vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre. Zum anderen liegt ein solcher Tatbestand dann vor, wenn der Vertrag aufgrund einer schweren Verletzung der Verpflichtungen gemäß dem AEUV, der Verordnung (EG) Nr 1370/2007, der Richtlinie 2014/24/EU oder der Richtlinie 2014/25/EU, die der Gerichtshof der Europäischen Union in einem Verfahren nach Art 258 AEUV festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.
- 2.30.2 Da sich diese Ausführungen auf den 5. Teil des BVergG 2018 beziehen, gelten diese auch im Sektorenregime.

## **2.31 Meldepflichten bei Bauaufträgen**

- 2.31.1 Der Auftraggeber hat unmittelbar nach Zuschlagserteilung für einen Bauauftrag mit einem Auftragswert von mehr als EUR 100.000,00 netto elektronisch mittels Webanwendung folgende Daten in die Baustellendatenbank der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse einzutragen: Name und Anschrift des Auftragnehmers, Auftragssumme, Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes, Ausführungsort und voraussichtlicher Ausführungsbeginn sowie voraussichtliche Ausführungsdauer des Bauauftrages, Angaben eines allfälligen Subunternehmers (§ 367). Diese Meldung hat zusätzlich zu den sonstigen Bekanntmachungspflichten vergebener Aufträge zu erfolgen.
- 2.31.2 Da sich diese Ausführungen auf den 5. Teil des BVergG 2018 beziehen, gelten diese auch im Sektorenregime.



### 2.32 Exkurs: EU-Schwellenwerte

Am 1.1.2018 ist die EU-Verordnung mit den neuen EU-Schwellenwerten, die den Oberschwellenbereich definieren, in Kraft getreten. Diese EU-Verordnung wird alle zwei Jahre neu veröffentlicht und enthält derzeit bis 31.12.2019 folgende Schwellenwerte; die Klammerausdrücke enthalten die Beträge, die vor dem Inkrafttreten der EU-Verordnung gegolten haben:

Baufträge	€ 5.548.000	(€ 5.225.000)
Liefer- / Dienstleistungen	€ 221.000	(€ 209.000)
Liefer- / Dienstleistungen Sektoren	€ 443.000	(€ 418.000)
Liefer- / Dienstleistungen zentrale Auftraggeber	€ 144.000	(€ 135.000)

### 2.33 Exkurs: Schwellenwerteverordnung 2018

Die Schwellenwerteverordnung 2018 wurde vom Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2018 festgesetzten Schwellenwerte am 20.8.2018 kundgemacht. Mit dieser Schwellenwerteverordnung wurde die bisherige Geltung der im Unterschwellenbereich geltenden niedrigen Schwellenwerte bis 31.12.2020 verlängert (BGBl II 2011/2018). Dies bedeutet unter anderem, dass bis Ende 2020 jedenfalls auch die Direktvergabe bis EUR 100.000,00 netto zulässig ist. Die Schwellenwerteverordnung 2018 enthält derzeit folgende Schwellenwerte:

Direktvergabe (Klassische/Sektoren)	€ 100.000
Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung für Bauauftrag	€ 1 Mio
Nicht offenes Verfahren oB für Lieferung und Dienstleistung	€ 100.000
Verhandlungsverfahren oB	€ 100.000

Wien, am 24.9.2018

RA Dr. Ralf D. Pock