

Bundesvergabegesetz 2018

Wichtige Neuerungen für die Medizinproduktebranche

8.10.2018

Robert Keisler

Der neue Rechtsrahmen für Beschaffungen

- EU-Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU
 - Umsetzungsfrist bis 18.4.2016
 - Österreich war teilweise säumig
- „Kleine BVergG-Novelle 2016“
 - Verschärfung Subunternehmerregelung
 - Verstärkung Bestbieterprinzip – wieder modifiziert
 - Anpassungen an LSD-BG
 - vertiefte Angebotsprüfung (Personalkosten)
- Vergaberechtsreformgesetz 2018
 - Neufassung Vergaberecht – Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018)
 - gilt für ab 21.8.2018 eingeleitete Vergabeverfahren
 - „alte“ Vergabeverfahren nach bisheriger Rechtslage
- Anpassung der Vergaberechtsschutzgesetze der Länder
 - bereits erfolgt: Bgld, Sbg, Stmk, Tir

Verfahrensarten – Änderungen I

- **Offenes und nicht offenes Verfahren**
 - Keine Pflicht zur öffentlichen Angebotsöffnung
 - Bieter müssen jedoch das Protokoll über die Angebotsöffnung erhalten

- **Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung**
 - Geringfügige Einschränkung des Anwendungsbereiches (zB nur bei **äußerst** dringlichen, zwingenden Gründen)

- **Dynamisches Beschaffungssystem**
 - Vorschaltung eines nicht offenen Verfahrens ohne Zuschlag
 - Möglichkeit der Einteilung in Kategorien von Leistungen

- **Rahmenvereinbarung**
 - Abrufberechtigte öffentliche AG sind „eindeutig zu identifizieren“
 - Max. Dauer 4 Jahre, in Ausnahmefällen länger (keine absolute Maximalfrist)
 - Abruf nach Zuschlagskriterien

Verfahrensarten – Änderungen II

- **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung**
 - Einheitliche Voraussetzungen für alle Aufträge
 - Erweiterte Anwendungsmöglichkeiten, zB
 - **Technische Spezifikationen** können nicht mit ausreichender Genauigkeit (unter Verweis auf Normen bzw technische Bezugsgrößen) erstellt werden
 - Bekanntgabe von Ausschreibungsgegenstand und Zuschlagskriterien bereit zu Begin
 - Verhandlungsverfahren ohne Verhandlung zulässig
- **Wettbewerblicher Dialog**
 - gleiche Anwendungsmöglichkeiten wie beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung
- **Direktvergabe (ohne Bekanntmachung)**
 - nur bis EUR 50.000 (siehe aber Schwellenwerteverordnung)

Neues Verfahren: Innovationspartnerschaft (§§ 118 bis 121 BVerG)

Anwendungsbereich

- Bedarf nach innovativem/r Produkt/Dienstleistung/Bauleistung, welche/s nicht auf dem Markt verfügbar ist

Besonderheiten

- Identifikation eines Partners zur Entwicklung samt Beschaffung des Produkts/der Dienstleistung/der Bauleistung in einem einzigen Vergabeverfahren
- Einteilung in Entwicklungsphasen mit Zwischenzielen und Vergütung; Möglichkeit zur Verfahrensbeendigung mit Ende jeder Phase
- mit mehreren Partnern gleichzeitig möglich

Billigst- vs Bestangebotsprinzip (§ 91 BVergG)

- **NEU:** Bestangebotsprinzip verpflichtend
 - bei **Durchführung eines Verhandlungsverfahrens** zur Vergabe von Dienstleistungen (Regelfall),
 - eines wettbewerblichen Dialogs oder
 - einer Innovationspartnerschaft
 - bei **funktionaler Leistungsbeschreibung**
 - Bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen
 - Bei **Baufträgen** mit einem Auftragswert über EUR 1.000.000,-

Billigstbieterprinzip wieder öfter zulässig

Ausschlussgründe I

- Erweiterung der zwingenden Ausschlussgründe (§ 78 BVergG)
 - AG verfügt über „**hinreichend plausible Anhaltspunkte**“ über **nachteilige und sittenwidrige** oder **wettbewerbsverzerrende Abreden** (Z 4)
 - Vorliegen eines **Interessenskonflikts**, der nicht anders lösbar ist (Z 7)
 - Beteiligung eines Unternehmers an **Vorbereitungsarbeiten** (Z 8)
 - **Erhebliche und dauerhafte Mängel** bei **früherer Leistungserbringung**, die zu vorzeitiger Vertragsbeendigung oder Schadenersatz führten (Z 9)
 - **Schwerwiegende Täuschung** bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung, keine oder unvollständige Auskünfte dazu, Nichtvorlage von Nachweisen (Z 10)
 - (versuchte) **unzulässige Beeinflussung** des AG (Entscheidungsfindung, vertrauliche Informationen), **fahrlässig irreführende Informationen** zur Beeinflussung von Auswahl- oder Zuschlagsentscheidung (Z 11)

Ausschlussgründe II

- Von den Ausschlussgründen erfasster Personenkreis bei juristischen Personen:
 - Die **strafrechtliche Verurteilung** einer Person, „*die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist **oder** die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.*“ (§ 78 Abs 2 Z 1 BVergG)
 - Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 **Z 4, 5, 7, 8, 10 oder 11** BVergG 2018 bei Person „*die Mitglied im Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist.*“ (§ 78 Abs 2 Z 2 BVergG)

Selbstreinigung

Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes

- Konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen, die geeignet sind, eine nochmalige Straftat zu verhindern:
 - Leistung von umfassendem **Schadenersatz**/Verpflichtung dazu,
 - aktive **Zusammenarbeit mit Ermittlungsbehörden**, und
 - effektive Maßnahmen wie:
 - Einführung eines **qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens**, oder
 - Einschaltung eines Organs der internen Revision („Compliance-Officer“) zur regelmäßigen Überprüfung, oder
 - Einführung interner **Haftungs- und Schadenersatzregelungen**

NEU

Einführung einer „Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung“

→ Im Oberschwellenbereich verpflichtend (VO EU 2016/7)

→ Im Unterschwellenbereich wahlweise auch „einfache“ Eigenerklärung möglich

NEU

„Only-Once-Principle“ im Oberschwellenbereich

→ Bereits in früheren Verfahren vorgelegte (aktuelle) Nachweise können weiterhin verwendet werden

NEU

Nachweise aus EWR sind vom AG über Online-Datenbank „e-Certis“ zu prüfen

E-Vergabe (§ 48 BVergG)

- **Ab 18.10.2018** im Oberschwellenbereich verpflichtend (bis dahin für subzentrale AG freiwillig)
 - nicht verpflichtend bei besonderen Dienstleistungen, Konzessionen
- Elektronische Kommunikationsmittel müssen nicht diskriminierend, allgemein verfügbar, mit allgemeinen Erzeugnissen kompatibel und nicht zugangsbeschränkend sein
- **Ausnahmen**
 - Wenn nicht allgemein verfügbare Instrumente, Vorrichtungen oder Dateiformate erforderlich sind
 - Wenn elektronische Kommunikation nicht praktikabel wäre
 - Wenn aufgrund einer Verletzung der Sicherheit der elektronischen Kommunikationsmittel erforderlich („Cyber-Angriff“)
 - Wenn zum Schutz besonders sensibler Informationen notwendig

E-Vergabe II

- Umfasst alle **wesentlichen Bestandteile sowohl für AG und Unternehmer**
 - zB Ausschreibungsunterlagen, Teilnahmeanträge, Angebote
- **Mündliche Kommunikation** möglich
 - bei nicht wesentlichen Bestandteilen
 - und wenn ihr Inhalt ausreichend dokumentiert wird
- Bei **fristgebundenen** Dokumenten: Ist Server bis zum Zeitpunkt des Ablaufs der Frist nicht durchgehend verfügbar, muss die Frist erforderlichenfalls verlängert werden
- Übermittlung gilt als abgeschlossen, wenn in den elektronischen Verfügungsbereich des Empfängers gelangt
- Bereitstellung ist erfolgt, sobald die Daten für den Empfänger abrufbereit sind

ACHTUNG: Qualifizierte elektronische Signatur rechtzeitig besorgen!

Melde- und Berichtspflichten

- **Meldung von Subunternehmerdaten an den AG** (§ 363 Abs 2 BVergG)
 - Bekanntgabe der Kontaktdaten und die vertretungsbefugten Personen der bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Subunternehmer an den AG (Bei Änderung: unverzüglich)
 - Spätestens zu Beginn der Auftragsdurchführung
- **Veröffentlichung von vergebenen Aufträgen** (§ 66 BVergG)
 - Inkrafttreten mit 01.03.2019
 - Alle Aufträge und Abrufe aus Rahmenvereinbarungen von mehr als EUR 50.000,-
 - Veröffentlichung auf <https://www.data.gv.at/>
 - Spätestens 30 Tage nach Zuschlagserteilung für 5 Jahre
 - Ausnahme bei öffentlichen Interessen, berechtigten geschäftlichen Interessen des Unternehmers oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen (§ 151 BVergG)

- anstelle der Unterteilung in (nicht) prioritäre Dienstleistungen
- In Anhang XVI **taxativ** angeführte Dienstleistungen
 - zB (administrative) Dienstleistungen im Gesundheitsbereich
- Vereinfachte Vergabevorschriften
 - Gleichbehandlung, Transparenz, Ausschlussgründe, Rechtsschutz
- Schwellenwert: EUR 750.000
- Direktvergabe bis zu EUR 100.000;
- Vergabe nur an partizipatorische Organisationen (§ 152):
 - Leistungen des Anhangs XVII
 - Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben, Reinvestition der Gewinne in diese Gemeinwohlaufgabe, partizipatorisch organisiert (zB Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen)
 - bis zu 3 Jahre Vertragslaufzeit

Kooperationen zwischen öffentlichen Auftraggebern

- In-House-Vergaben
 - Direkte Kapitalbeteiligung von Privaten nur in Ausnahmefällen
 - Kontrolle durch AG „wie über eigene Dienststelle“
 - **NEU:** Wesentlichkeitskriterium: 80% der Tätigkeit der kontrollierten Einrichtung für kontrollierende Einrichtungen
 - **NEU:** Auch für Bottom-up Vergaben und Schwesterngesellschaften
- Institutionalisierte Kooperationen
 - Voraussetzungen der In-House-Vergabe – jedoch gemeinsame Kontrolle
 - **Keine** Befreiung für Bottom-up Vergaben und Schwesterngesellschaften
- Interkommunale Zusammenarbeit
 - Kooperation zur Erfüllung gemeinsamer Ziele
 - Kooperation dient ausschließlich öffentlichen Interessen
 - weniger als 20% der Kooperationstätigkeiten auf freien Markt

Grenzüberschreitende Vergabe

- **Gemeinsame Vergabe** mehrerer Auftraggeber aus EU-/EWR-Staaten
 - Freie Festlegung des anzuwendenden Rechts in der Ausschreibung
- Grenzüberschreitende Vergabe über **zentrale Beschaffungsstelle**:
 - Anwendung der Regelungen des Sitzstaates der zentralen Beschaffungsstelle auf Vergabeverfahren (EKK!)
- **Gründung eines eigenen Rechtsträgers** durch mehrere Auftraggeber aus verschiedenen EU-/EWR-Staaten
 - Vereinbarung der Anwendung der Vergaberegeln des Sitzstaates dieses Rechtsträgers oder
 - Vereinbarung der Anwendung der Vergaberegeln jenes EU-/EWR-Staates, in dem der Rechtsträger seine Tätigkeiten entfaltet.

Neuerungen im Rechtsschutz I

- Zentrale Beschaffungsstelle tritt im Nachprüfungsverfahren als Partei an die Stelle des Auftraggebers;
 - AG kann als Nebenintervenient dem Verfahren beitreten
 - bei Feststellungsverfahren: bilden AG und zentrale Beschaffungsstelle ex lege eine Streitgenossenschaft
- Mehrere Auftraggeber bilden bei gemeinsamer Vergabe eine Streitgenossenschaft (einheitliche Streitpartei)

Neuerungen im Rechtsschutz II

Nachprüfungsverfahren

- Vereinheitlichung der **Antragsfrist** auf zehn Tage im Ober- und Unterschwellenbereich
- AG hat **unverzüglich** den der Rechtsanschauung des Bundesverwaltungsgerichts entsprechenden Rechtszustand herzustellen

Feststellungsverfahren

- **Antragsfrist** von sechs Monaten ab Kenntnis bzw. Kenntnisnahmemöglichkeit **des Antragstellers** vom Zuschlag
- **Nichtigerklärung** von Verträgen nur bei Antragstellung innerhalb von sechs Monaten ab Zuschlagserteilung
 - Ausnahmen: bei freiwilliger Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung bzw. bei Bekanntmachung der Zuschlagserteilung
- Verhängung von Geldbußen zeitlich unbegrenzt möglich

Wesentliche Vertragsänderungen I

- Kodifizierung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit nachträglicher Vertragsänderungen
 - a. Vertragsänderung ist im Ursprungsvertrag **angelegt** – darf die Natur des ursprünglichen Vertrags nicht verändern
 - b. notwendige **Zusatzleistungen** (nicht in Auftragsunterlagen vorgesehen) werden durch Auftragnehmer durchgeführt – wenn aus wirtschaftlichen/technischen Gründen kein anderer die Leistung erbringen kann bzw. dies zu erheblichen Schwierigkeiten/Zusatzkosten führen würde – nicht mehr als 50% des ursprünglichen Auftragswerts!
 - c. Umstände, die für AG **nicht vorhersehbar** waren und keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags bewirken – nicht mehr als 50% des ursprünglichen Auftragswerts!

Wesentliche Vertragsänderungen II

- d. Änderung der **Person des Auftragnehmers** aufgrund einer Umstrukturierung
- e. Unwesentliche Änderungen – außer:
 - Änderung hätte bei ursprünglichem Vergabeverfahren Zulassung anderer Bewerber / Annahme eines anderen Angebots / Interesse weiterer Teilnehmer ermöglicht
 - Änderung führt zur Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers
 - Umfang des Auftrags / Rahmenvereinbarung erheblich ausgeweitet
 - Änderung der Person des Auftragnehmers (in anderen Fällen als Umstrukturierung)
- f. Safe haven: Änderungen von bis zu 10 % (Liefer- und Dienstleistungen) bzw 15 % (Baufaufträge) des ursprünglichen Auftragswerts, wenn die Änderungen nicht den anwendbaren Schwellenwert überschreiten

Kündigungsrecht bzw -pflicht des AG

- Gesetzliches **Kündigungsrecht** des AG
 - bei wesentlicher Vertragsänderung
- Gesetzliche **Kündigungspflicht** des AG
 - wenn AN im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vom Vergabeverfahren gemäß § 78 BVergG auszuschließen gewesen wäre
 - wenn EuGH in Vorabentscheidungsverfahren eine schwere Verletzung festgestellt hat, wonach der Zuschlag nicht an den AN vergeben werden hätte dürfen
- **Rückgriff** gegen begünstigten Bieter
 - wenn AG Schadenersatz leisten musste
 - Rechtsverletzung war gerichtlich strafbare Handlung und Begünstigter bzw von ihm eingesetzte Personen waren iSd § 12 StGB daran beteiligt

Danke für Ihr Interesse!



RA MMag. Robert Keisler
Partner

CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH
T +43 1 40443 2850
E robert.keisler@cms-rrh.com

CMS Reich-Rohrwig Hainz means over 40 years' experience of offering top-quality legal advice at an international level. It also means 150 highly specialised legal experts advising on all matters of commercial law – M&A, banking & finance, corporate law, real estate law, construction, tax law, employment law, IP and IT law, and public procurement law. The company has a unique presence in South-Eastern Europe through its offices in Vienna, Belgrade, Bratislava, Brussels, Istanbul, Kyiv, Ljubljana, Podgorica, Sarajevo, Sofia and Zagreb.

With CMS offices in Budapest, Bucharest, Moscow, Prague and Warsaw, meanwhile, CMS Reich-Rohrwig Hainz has access to a team of more than 600 experienced legal and tax advisors in the CEE/SEE region. Membership of the CMS organisation means CMS Reich-Rohrwig Hainz can offer its clients the combined expertise of over 3,000 lawyers from across Europe.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.