

An

die Österreichische Präsidentschaftskanzlei  
die Parlamentsdirektion  
den Rechnungshof  
die Volksanwaltschaft  
den Verfassungsgerichtshof  
den Verwaltungsgerichtshof  
alle Bundesministerien  
alle Sektionen des Bundesministeriums für Justiz  
die Datenschutzbehörde  
den Rat für Forschung und Technologieentwicklung  
die Bundestheater-Holding GmbH  
den österreichischen Statistikrat  
die Bundesanstalt „Statistik Österreich“  
das Präsidium der Finanzprokurator  
die Österreichische Bundesforste AG  
die ÖBB-Holding AG  
die Österreichische Post AG  
die Telekom Austria AG  
die Bundesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice  
Österreich  
die Finanzmarktaufsicht  
die Bundesbeschaffung GmbH  
die Bundeswettbewerbsbehörde  
die Kommunikationsbehörde Austria  
die Telekom-Control-Kommission  
die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH  
die Österreichische Bundes-Sportorganisation  
alle Ämter der Landesregierungen  
die Verbindungsstelle der Bundesländer  
das Bundesverwaltungsgericht  
das Bundesfinanzgericht  
alle Landesverwaltungsgerichte  
den Österreichischen Gemeindebund  
den Österreichischen Städtebund  
die Wirtschaftskammer Österreich  
die Bundesarbeitskammer  
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern  
Österreichs  
(Landwirtschaftskammer Österreich – LKÖ)  
den Österreichischen Landarbeiterkammertag  
den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag  
die Österreichische Notariatskammer  
die Österreichische Patentanwaltskammer  
die Österreichische Ärztekammer

**Mag. Dr. Michael FRUHMANN**  
Sachbearbeiter

[michael.fruhmann1@bmj.gv.at](mailto:michael.fruhmann1@bmj.gv.at)  
+43 1 521 52-302913  
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte  
unter Anführung der Geschäftszahl an  
[team.pr@bmj.gv.at](mailto:team.pr@bmj.gv.at) zu richten.

die Österreichische Zahnärztekammer  
die Bundeskammer der Tierärzte Österreichs  
die Österreichische Apothekerkammer  
die Bundeskammer der Architekten und  
Ingenieurkonsulenten  
die Kammer der Wirtschaftstreuhandler  
den Verband der Öffentlichen Wirtschaft und  
Gemeinwirtschaft Österreichs  
das Austrian Standards Institute  
den Hauptverband der österreichischen  
Sozialversicherungsträger  
die Vereinigung der Österreichischen Industrie  
den Österreichischen Gewerkschaftsbund  
die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst  
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs  
den Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverband  
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe  
den Österreichischen Ingenieur- und Architektenverein  
die Vereinigung industrieller Bauunternehmungen  
Österreichs (VIBÖ)  
die ARGE Daten  
die Gesellschaft des Österreichischen Roten Kreuzes  
die Wiener Zeitung  
die Bundesrechenzentrum GmbH  
den ANKÖ  
die ASFINAG  
die Buchhaltungsagentur des Bundes  
die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen-Gesellschaft  
mbH  
die AIT Austrian Institute of Technology GmbH  
die vemap Einkaufsmanagement GmbH  
die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH  
die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur  
die Austro Control GmbH  
den Österreichischen Rundfunk

Geschäftszahl: 2020-0.196.642

## **Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit der COVID-Krise; Rundschreiben**

Das Bundesministerium für Justiz macht im Zusammenhang mit der gegenwärtigen COVID-19 Pandemie auf nachfolgende Aspekte bei der Beachtung der vergaberechtlichen Regelungen aufmerksam.

## **A. Vorbemerkungen**

Dem Vergaberecht unterliegen grundsätzlich alle Beschaffungen der öffentlichen Hand (insbesondere daher auch jene der Bundesministerien, der Länder und Gemeinden). Es sieht – entsprechend den Regelungen der Vergaberichtlinien auf unionsrechtlicher Ebene – Sonderverfahren und Ausnahmevorschriften für Notsituationen vor. Darüber hinaus sind im Kontext bereits laufender Vergabeverfahren einige Aspekte zu beachten, um der derzeitigen Ausnahmesituation Rechnung zu tragen.

## **B. Neu eingeleitete Vergabeverfahren**

### **B.1. Anwendung von Ausnahmevorschriften**

Unter den Ausnahmebestimmungen, die bestimmte Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich des österreichischen Vergaberechts ausnehmen, findet sich die Ausnahme betreffend den „Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Republik Österreich“ (vgl. § 9 Abs. 1 Z 3 und § 178 Abs. 1 Z 3 Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, § 8 Abs. 1 Z 2 des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, und § 9 Abs. 1 Z 1 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012, BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012). Dieser Ausnahmetatbestand kommt nach Auffassung des Bundesministeriums für Justiz zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht zum Tragen, da die in Rede stehenden Beschaffungen (Schutzmasken, Notausrüstung, Betreuungsdienstleistungen, Computer usw.) weder geheim sind, noch die innere Sicherheit der Republik Österreich (derzeit) in einem solchen Ausmaß gefährdet ist, dass der Bestand des Staates als solches gefährdet wäre. Auch hat der EuGH betont, dass die Nicht-Anwendung der Vergabevorschriften (dh. die Inanspruchnahme von Ausnahmevorschriften) nur „ultima ratio“ sein kann; gibt es gelindere Mittel, so sind diese einzusetzen (vgl. Rs C-187/16, *Kommission gegen Österreich*). Als „gelinderes Mittel“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH kommt jedoch die Durchführung von Sonderverfahren in Betracht, auf die im Folgenden einzugehen sein wird.

### **B.2. Anwendung von Sonderverfahren in Zusammenhang mit neu eingeleiteten Vergabeverfahren**

Gemäß den §§ 35 Abs. 1 Z 4, 36 Abs. 1 Z 4, 37 Abs. 1 Z 4 und 206 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 kann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden, wenn „äußerst dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des öffentlichen

*Auftraggebers/des Sektorenauftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber/der Sektorenauftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die [regulären] Fristen einzuhalten“ (§ 25 Z 4 BVergGVS 2012 enthält eine analoge Regelung). Diese die Vergaberichtlinien umsetzenden Vorschriften (vgl. insbesondere Art. 32 der Richtlinie 2014/24/EU) erlauben die Beschaffung von Bauleistungen, Waren und Dienstleistungen in klassischen Notsituation, somit genau auch für den vorliegenden Fall der COVID-19 Pandemie. Wie die Europäische Kommission schon im Zusammenhang mit der Flüchtlingskrise 2015 betonte (vgl. dazu COM (2015) 454), „können öffentliche Auftraggeber [in dieser Situation] direkt mit möglichen Auftragnehmern verhandeln; eine direkte Vergabe des Auftrags an einen vorab ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer ist jedoch ausschließlich dann möglich, wenn nur ein Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein wird, den Auftrag unter den durch die zwingende Dringlichkeit auferlegten technischen und zeitlichen Zwängen zu erfüllen“. Die Kommission hat erst vor kurzem bestätigt, dass diese Aussagen auch im nunmehrigen Kontext Gültigkeit haben. Die Gründe für die Wahl des Sonderverfahrens sind im jeweiligen Vergabeakt genau zu dokumentieren; die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen trifft den Auftraggeber (vgl. dazu auch die Erläuternden Bemerkungen zu den §§ 35 bis 37 BVergG 2018, 69 dB, XXVI. GP 67, mit den dortigen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH).*

Da beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung keine gesetzlichen Mindestfristen (zB für Angebotsabgaben) zu beachten sind, kann dieses Verfahren auch äußerst rasch abgewickelt werden.

Aufgrund der derzeit vorliegenden, im Vergabeakt zu dokumentierenden Umstände ist davon auszugehen, dass die Ereignisse und das Ausmaß der zu ergreifenden (notwendigen) Maßnahmen nicht vorhersehbar waren. Ferner ist evident, dass die unmittelbaren Bedürfnisse der Erkrankten, aber auch der Einsatzkräfte und der Betreiber kritischer Infrastruktur umgehend erfüllt werden müssen, damit eine weitere Verbreitung von COVID-19 effektiv verhindert werden kann bzw. – im Kontext der ergriffenen Maßnahmen (Einschränkung der Bewegungsfreiheit) - die Funktionsfähigkeit von staatlichen Institutionen gesichert ist.

Vor diesem Hintergrund bestehen daher aus vergaberechtlicher Sicht keine Bedenken, wenn zB Schutzausrüstungen, Testkits für Spitäler, Zelte für die Unterbringung von leicht Erkrankten, Computer für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit kritischer Infrastruktur und staatlicher Einrichtungen (im Kontext der angeordneten Heimarbeit von Beamt\*innen und Vertragsbediensteten) im erforderlichen und notwendigen Ausmaß

gemäß den og. Sonderverfahren beschafft werden. Da überdies vielfach auch das Phänomen auftritt, dass bestimmte Güter durch die derzeitige außergewöhnliche Nachfrage nicht mehr allgemein am Markt verfügbar sind, ist es – sofern dies durch entsprechende Nachforschung rasch überprüft (zB durch Telefonate, Mails) und dokumentiert wurde – auch möglich, diesen kurzfristigen und dringenden Bedarf durch ein Verfahren mit einem einzigen Anbieter (der die Lieferzeit einhalten kann oder der allein im entsprechenden Zeitraum über die nachgefragte Ware verfügt) zu decken.

Zu betonen ist jedoch, dass das oben beschriebene Ausnahmeverfahren lediglich zur Überbrückung dienen darf, bis langfristige Lösungen gefunden sind, beispielsweise durch den Abschluss von Rahmenvereinbarungen, die gemäß regulären Verfahren (dazu zählen auch beschleunigte Verfahren) vergeben werden. In diesem Kontext kommt der internen Dokumentation der Umstände, wie lange die Inanspruchnahme des Sonderverfahrens gerechtfertigt werden kann, besondere Bedeutung zu (vgl. dazu insbesondere auch die §§ 49 und 218 BVergG 2018). Es wird daher dringend empfohlen, parallel zu den Notbeschaffungen umgehend reguläre Vergabeverfahren (insbesondere Rahmenvereinbarungen) über die absehbarer Weise benötigten Leistungen vorzubereiten und durchzuführen, um möglichst bald auf das reguläre Vergaberegime umsteigen zu können.

Im Bereich des BVergGVS 2012 stehen überdies die Sonderverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für „Krisenbeschaffungen“ (vgl. § 25 Z 3; vgl. dazu näher 1513 dB, XXIV. GP 53) und für „zusätzliche, nicht vorhergesehene Bau- oder Dienstleistungen“ (vgl. § 25 Z 11; vgl. dazu näher 1513 dB, XXIV. GP 55) zur Verfügung.

Schlussendlich ist noch auf die Bekanntgabepflichten hinzuweisen: alle vergebenen Aufträge im Bereich der Bundesvollziehung mit einem Auftragswert ab € 50.000.- sind im Open Government Data System (OGD-System) bekannt zu geben, im Oberschwellenbereich überdies in TED (vgl. dazu die §§ 61, 62, 66, 231, 232 und 237 BVergG 2018); im Bereich der Landesvollziehung sind alle vergebenen Aufträge im Oberschwellenbereich in TED und im OGD-System bekannt zu geben (vgl. dazu die §§ 61, 62, 231 und 232 BVergG 2018). Im Bereich des BVergGVS 2012 beschränkt sich die Bekanntgabepflicht auf eine Publikation in TED (vgl. § 46 BVergGVS 2012).

Die maßgeblichen Gründe für die Durchführung eines Sondervergabeverfahrens wären überdies bei einer allfälligen (ex ante) Bekanntmachung des jeweiligen Verfahrens anzugeben (vgl. dazu etwa die §§ 58, 59 Abs. 4 und 64 Abs. 5 BVergG 2018 und § 46 Abs. 3

BVergGVS 2012; siehe diesbezüglich auch das Urteil des EuGH in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*).

## **C. Diverse Aspekte im Kontext laufender Vergabeverfahren**

### **C.1. Fristen**

Als Grundregel bestimmen die §§ 68 und 239 BVergG 2018 sowie § 49 BVergGVS 2012 und § 39 BVergGKonz 2018, dass der (öffentliche) Auftraggeber Fristen so zu bemessen und festzusetzen hat, dass den von der Fristsetzung betroffenen Unternehmern ausreichend Zeit für die Vornahme der entsprechenden Handlungen verbleibt (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Vor dem Hintergrund der derzeitigen Umstände haben Auftraggeber zu prüfen, ob die in laufenden Verfahren festgelegten Fristen (zB Teilnahme- oder Angebotsfristen) zu verlängern sind (insbesondere, wenn die gesetzlich festgelegten Mindestfristen im konkreten Fall Anwendung finden). Eine derartige Verlängerung ist nach Auffassung des Bundesministeriums für Justiz auch deswegen geboten, weil – selbst wenn die Ausarbeitung von Teilnahmeanträgen oder Angeboten im jeweiligen Einzelfall nicht besonders komplex ist - die aktuellen Einschränkungen im Arbeitsalltag („Home-Office“) die Prozesse der Unternehmen verlangsamen bzw. verunmöglichen. Deshalb wird empfohlen, Fristen großzügig zu bemessen bzw. offene Fristen zu verlängern, nicht zuletzt deswegen, um tatsächlich kompetitive Angebote zu bekommen.

Auftraggeber sollten im Zusammenhang mit allfälligen Fristverlängerungen auch beachten, dass die Zuschlagsfrist entsprechend verlängert wird bzw. wären die Unternehmen zu ersuchen, die Bindungswirkung ihrer Angebote zu verlängern.

Hinzuzufügen ist, dass, unabhängig von den obigen Anmerkungen, die Möglichkeit der Durchführung beschleunigter Verfahren (vgl. etwa die §§ 74 und 77 BVergG 2018) selbstverständlich unberührt bleibt.

### **C.2. Angebotsöffnungen, Hearings und Verhandlungsrunden**

Hingewiesen wird darauf, dass Angebotsöffnungen, Hearings und Verhandlungsrunden auch über Videokonferenz-Systeme durchgeführt werden können (vgl. etwa § 133 Abs. 4 BVergG 2018 und die Erläuterungen dazu).

### C.3. Vertragsänderungen

Gemäß § 365 BVergG 2018 und § 108 BVergGKonz 2018 sind wesentliche Vertragsänderungen ohne vorherige Durchführung eines neuerlichen Verfahrens unzulässig. Im Bereich des BVergGVS 2012 ergibt sich dies aus der ständigen Rechtsprechung des EuGH (vgl. etwa Rs C-454/06, *pressetext*, und Rs C-549/14, *Finn Frogne A/S*), die auch die Grundlage für die erwähnten gesetzlichen Regelungen bildet. Die Beurteilung, ob eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt, hat anhand der Grundregel des jeweiligen Abs. 1 bzw. der in Abs. 2 demonstrativ vertypen Sachverhalte zu erfolgen.

Abs. 3 der genannten Vorschriften enthält taxativ aufgezählte Voraussetzungen, bei deren Vorliegen von der Durchführung eines neuen Verfahrens für Vertragsänderungen Abstand genommen werden kann (sog. „unwesentliche Vertragsänderungen“). In der derzeitigen Situation ist insbesondere auf zwei dieser Tatbestände hinzuweisen: die zulässigen „de minimis“ – Vertragsänderungen gemäß Abs. 3 Z 1 und die zulässigen unvorhersehbaren zusätzlichen Beschaffungen gemäß Abs. 3 Z 6.

Als zulässige „de minimis“ - Vertragsänderungen gelten jene, die wertmäßig die jeweils anwendbaren Schwellenwerte (derzeit: für Liefer- und Dienstleistungsaufträge € 139.000.-,<sup>1</sup> € 214.000.-,<sup>2</sup> € 428.000.-,<sup>3</sup> bzw. € 750.000.-<sup>4</sup> und für Bauaufträge und Konzessionsverträge € 5.350.000.-) **und** (kumulativ) 10% der ursprünglichen Auftragssumme bzw. des ursprünglichen Wertes der Konzession bei Lieferaufträgen, Dienstleistungsaufträgen und Konzessionsverträgen bzw. 15% der ursprünglichen Auftragssumme bei Bauaufträgen nicht überschreiten (für ein Berechnungsbeispiel vgl. bereits 69 dB, XXVI. GP 219). Sofern daher aufgrund der aktuellen Situation mit einem bestehenden Auftragnehmer eine weitere Leistungsabwicklung (insbes. zusätzliche gleiche Lieferungen) sich als erforderlich oder als wünschenswert erweist, wäre dies im soeben beschriebenen (finanziellen) Rahmen als „unwesentliche Vertragsänderung“ ohne Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens zulässig.

Des Weiteren können bestehende Verträge insofern geändert bzw. erweitert werden, soweit die Änderung *„aufgrund von Umständen erforderlich [wurde], die ein seiner*

---

<sup>1</sup> Für alle Bundesministerien, die Bundesbeschaffung Ges.m.b.H., das AIT – Austrian Institute of Technology Ges.m.b.H. und die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.

<sup>2</sup> Für alle übrigen nicht in FN 1 genannten öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Bundesvollziehung sowie für alle öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Landesvollziehung.

<sup>3</sup> Für Sektorenauftraggeber und Auftraggeber gemäß BVergGVS 2012.

<sup>4</sup> Für besondere Dienstleistungsaufträge (vgl. dazu etwa Anhang XVI BVergG 2018).

*Sorgfaltspflicht nachkommender Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, und [sich] der Gesamtcharakter des Auftrages ... aufgrund der Änderung nicht [verändert]“ (vgl. § 365 Abs. 3 Z 6 BVerGG 2018 und analog § 108 Abs. 3 Z 6 BVerGGKonz 2018). Der Gesamtwert dieser Änderungen darf dabei 50% des Wertes des ursprünglichen Auftrags nicht übersteigen.*

Dass die derzeitige Situation (insbesondere die Dynamik der Verbreitung von COVID-19 und die daraus resultierenden Leistungsbedürfnisse) auch für einen sorgfältig arbeitenden Auftraggeber nicht vorhersehbar sein konnte, ist nach Auffassung des Bundesministeriums für Justiz unbestreitbar. Der Gesamtcharakter des Auftrages würde sich dann verändern, wenn an Stelle von gleichartigen Lieferungen Dienstleistungen beschafft werden würden (somit eine Änderung des Leistungstyps stattfinden würde). Keine Änderung des Gesamtcharakters liegt daher vor, wenn lediglich die Liefermengen der vereinbarten Leistung erhöht werden oder ein bestehender Liefervertrag über bestimmte medizinische Hilfsmittel um weitere gleichartige Lieferungen ergänzt wird. Als „gleichartige Lieferungen“ sind „Waren für gleiche oder gleichartige Verwendungszwecke zu verstehen ..., zB Lieferungen einer Reihe von Nahrungsmitteln oder von verschiedenen Büromöbeln. Typischerweise würde ein Wirtschaftsteilnehmer, der in dem betreffenden Bereich tätig ist, solche Lieferungen wahrscheinlich als Teil seiner üblichen Produktpalette anbieten“ (so Erwägungsgrund 19 der RL 2014/24/EU). Auf die 50%-Grenze (s.o.) ist nochmals ausdrücklich hinzuweisen.

Darüber hinaus ist das Bundesministerium für Justiz der Auffassung, dass allfällige notwendige Anpassungen von Leistungszeiträumen in bestehenden Verträgen oder zeitweise Änderungen beim Einsatz von vereinbartem Schlüsselpersonal (das aufgrund einer Erkrankung oder aufgrund von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit temporär nicht zur Verfügung steht) als „unwesentliche Vertragsänderungen“ gemäß § 365 Abs. 3 Z 4 BVerGG 2018 bzw. § 108 Abs. 3 Z 4 BVerGGKonz 2018 zu qualifizieren sind.

Auf die Bekanntgabepflichtung gemäß § 365 Abs. 4 BVerGG 2018 und § 108 Abs. 4 BVerGGKonz 2018 bei Inanspruchnahme der Vertragsänderung gemäß Abs. 3 Z 6 wird hingewiesen.

#### **C.4. Zahlungen**

Seitens des Bundesministeriums für Justiz wird allen Auftraggebern im Anwendungsbereich des BVerGG 2018, des BVerGGKonz 2018 und des BVerGGVS 2012 nahegelegt, Zahlungen an Unternehmer im Zusammenhang mit der Abwicklung von

Verträgen umgehend und ohne unnötigen Verzug vorzunehmen, um die derzeit bestehenden Liquiditätsprobleme der Unternehmen nicht weiter zu verschärfen. Auf die strikte Beachtung der Zahlungsverzugsbestimmungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens wird nachdrücklich hingewiesen (vgl. dazu etwa die §§ 100 und 111 BVergG 2018).

#### **C.5. E-Vergabe im Unterschwellenbereich**

Die Kommunikation im Vergabeverfahren hat gemäß den §§ 48 Abs. 2 bzw. 217 Abs. 2 BVergG 2018 zwar nur im Oberschwellenbereich verpflichtend elektronisch zu erfolgen (mit den in den jeweiligen Paragraphen genannten Ausnahmen; freie Wahl der Kommunikationsmittel bei Konzessionsvergabeverfahren gemäß § 26 Abs. 1 BVergGKonz 2018). Aufgrund der aktuellen Situation insbesondere mit Blick auf die Einschränkungen der Bewegungsfreiheit wird jedoch darauf hingewiesen, dass die elektronische Durchführung eines Vergabeverfahrens auch im Unterschwellenbereich möglich und zulässig ist.

Die Bundesministerien und Länder werden ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen. Die Nichtbeachtung der unter Punkt B genannten Bestimmungen könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

30. März 2020

Für die Bundesministerin:

Elektronisch gefertigt