

BVERGG-NOVELLE 2015 ÄNDERUNGEN DURCH DIE REGIERUNGSVORLAGE

Sehr geehrte Damen und Herren!

Am 7.7.2015 wurde die Regierungsvorlage zur Novelle des BVergG veröffentlicht. Im Vergleich zum Ministerialentwurf vom April 2015 ist es in einigen Punkten zu interessanten Änderungen gekommen. Anbei finden Sie einen Überblick über diese Änderungen:

▪ Fallgruppen für die verpflichtende Anwendung des Bestbieterprinzips

Bereits im Ministerialentwurf war in § 79 Abs 3 BVergG (für den klassischen Bereich) bzw § 236 Abs 3 BVergG (für den Sektorenbereich) ein Katalog an Fällen aufgezählt, in denen verpflichtend das Bestbieterprinzip anzuwenden ist.

Dieser Katalog wurde in der Regierungsvorlage zwar im Wesentlichen beibehalten, einzelne Ziffern (konkret Z3 und Z8) wurden jedoch überarbeitet. Insbesondere diese beiden Tatbestände sind bereits nach Veröffentlichung des Ministerialentwurfes in der Kritik gestanden, zu ungenau formuliert zu sein bzw den zwingenden Anwendungsbereich des Bestbieterprinzips unnötigerweise zu vergrößern.

Demnach ist das Bestbieterprinzip nunmehr verpflichtend unter anderem dann anzuwenden, wenn

- *"die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt"* (Z3)

[bisherige Formulierung laut Ministerialentwurf: *"die Beschreibung der Leistung funktional erfolgt"*]

- *"es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens EUR 1 Mio beträgt"* (Z8)

[bisherige Formulierung laut Ministerialentwurf: *"es sich um einen Bauauftrag handelt, der die gleichzeitige Ausführung und Planung des Bauvorhabens umfasst, und die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat"*]

Ob die Änderungen in Z3 zu mehr Rechtssicherheit im Zusammenhang mit der Ausschreibung von teilfunktionalen Leistungsverzeichnissen führen werden, bleibt abzuwarten. Der Begriff "im Wesentlichen" wird wohl durch die Vergabekontrollbehörden kasuistisch mit Leben zu füllen sein.

Die zwingende Anwendung des Bestbieterprinzips bei sämtlichen Bauaufträgen ab 1 Mio Auftragswert stellt einerseits zwar eine willkommene Klarstellung dar; andererseits ist

damit uE jedoch auch eine nicht unbedeutende Ausweitung des Geltungsbereichs des Bestbieterprinzips verbunden. Hier bleibt abzuwarten, wie die Ländervertreter auf diese – vorwiegend Bauprojekte auf Gemeindeebene betreffende – nicht unerhebliche Erhöhung der Anforderungen an Ausschreibungen reagieren werden.

▪ **Subunternehmerwechsel nach Zuschlagserteilung**

Wie bereits im Ministerialentwurf vorgesehen, hat auch weiterhin der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach Zuschlagserteilung jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht bereits im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers mitzuteilen. Der Einsatz dieser Subunternehmer darf auch weiterhin nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen.

Durch die Regierungsvorlage neu eingeführt wurde allerdings die Bestimmung, dass die Zustimmung des Auftraggebers zu einem Subunternehmerwechsel (ebenso wie eine allfällige Ablehnung) unverzüglich mitzuteilen ist und nur aus sachlichen Gründen verweigert werden darf. Neu eingeführt wurde weiters eine Bestimmung, wonach die Zustimmung als erteilt gilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen zwei Wochen nach Einlangen der Mitteilung des Auftragnehmers abgelehnt hat.

In den Materialien zur Regierungsvorlage wird weiters klargestellt, dass die Bekanntgabe eines neuen Subunternehmers sowie die Einholung der Zustimmung des Auftraggebers immer durch den Auftragnehmer zu erfolgen hat, unabhängig davon, in welchem Glied der Subunternehmerkette der neue Subunternehmer eingesetzt wird. Die Subunternehmer trifft daher (lediglich) eine Bekanntgabepflicht gegenüber dem Auftragnehmer bzw gegenüber den ihnen in der Subunternehmerkette übergeordneten Subunternehmern, nicht jedoch gegenüber dem Auftraggeber.

▪ **Kleinlosregelung im Oberschwellenbereich**

Für den klassischen Bereich war bereits im Ministerialentwurf eine ausdrückliche Bestimmung vorgesehen, wonach in der Kleinlosregelung im Oberschwellenbereich (§ 14 Abs 3, § 15 Abs 4, § 16 Abs 5 BVergG) für die Wahl des Verfahrens der geschätzte Auftragswert des einzelnen Loses gilt.

Durch die Regierungsvorlage wurde diese Bestimmung nunmehr auch für den Sektorenbereich (§ 182 Abs 3, § 183 Abs 4, § 184 Abs 5 BVergG) ausdrücklich vorgesehen.

▪ **Neue Definition des Begriffs "Subunternehmer"**

Im Ministerialentwurf war zwar der neue Begriff des "weiteren Subunternehmers" vorgesehen, eine Definition dieses Begriffs war im Entwurf des Gesetzestextes jedoch nicht enthalten. Lediglich nach den Materialien zum Ministerialentwurf waren von diesem Begriff alle Unternehmen umfasst, die nicht direkte Subunternehmer sind, aber aufgrund einer Kette von Verträgen (die sich letztlich bis zum Bieter rückverfolgen lässt) an der Auftragsdurchführung des erfolgreichen Bieters mitwirken sollen.

Durch die Regierungsvorlage wurde dieser Begriff des "weiteren Subunternehmers" wieder abgeschafft. Stattdessen wurde die folgende neue Definition des Begriffs des "Subunternehmers" in § 2 Z 33a BVergG eingeführt:

"Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung der Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung."

Nach dieser neuen Definition umfasst der Begriff des Subunternehmers somit zukünftig nicht nur die direkten Subunternehmer des Bieters, sondern alle Unternehmen in der Auftragskette. Gleichzeitig wird durch diese Definition klargestellt, dass bloße Lieferanten keine Subunternehmer sind. Nach den Materialien zur Regierungsvorlage gilt dies unabhängig davon, ob die vom Zulieferer gelieferten Produkte nach Maß angefertigt wurden oder nicht.

Weiters sind nach den Materialien zur Regierungsvorlage auch solche Unternehmen keine Subunternehmer, deren Leistung darin besteht, einen Subunternehmer in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können (zB Vermietung von Maschinen und Geräten an einen Subunternehmer, Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer). Ob dies jedoch auch für die Überlassung von eignungs- oder zuschlagsrelevanten Geräten oder Personen mit besonderen Qualitäts- oder Qualifikationsanforderungen (zB Schlüsselpersonal) gilt, erscheint jedoch fraglich.

▪ **AVRAG-Abfrage**

Bereits im Ministerialentwurf war vorgesehen, dass der Auftraggeber von den für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bietern sowie deren Subunternehmern eine Auskunft gemäß § 7n AVRAG aus der Verwaltungsstrafevidenz der Wiener Gebietskrankenkasse als Kompetenzzentrum zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping einzuholen hat, ob diesen Unternehmen eine rechtskräftige Entscheidung gemäß § 7k AVRAG oder eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 7b Abs 8 oder 7i AVRAG zuzurechnen ist.

Diese Verpflichtung des Auftraggebers zur Einholung einer Auskunft gemäß § 7n AVRAG wurde in der Regierungsvorlage zwar beibehalten. Der Inhalt dieser Auskunft wurde jedoch auf das Vorliegen rechtskräftiger Entscheidungen gemäß § 7k AVRAG und rechtskräftiger Bestrafungen gemäß § 7i Abs 4 und 5 AVRAG eingeschränkt.

Die Beschlussfassung über die BVergG-Novelle im Nationalrat ist für Herbst geplant. Es ist derzeit nicht absehbar, inwieweit es noch zu weiteren Änderungen kommen wird. Selbstverständlich werden wir aber zeitnah mit einem weiteren Newsletter berichten.

Sobald das Bundesgesetzblatt vorliegt, werden wir zu einer **Informationsveranstaltung** in unsere Kanzlei laden, um Sie über die Auswirkungen der geplanten Änderungen auf die Vergabepaxis zu informieren. Eine entsprechende Einladung erfolgt gesondert.

KONTAKT

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.



RA Mag. Manfred Essletzbichler
Partner
+43 1 51510 5350
manfred.essletzbichler@wolftheiss.com



RA Mag. Sebastian Oberzaucher
Partner
+43 1 51510 5352
sebastian.oberzaucher@wolftheiss.com

This memorandum has been prepared solely for the purpose of general information and is not a substitute for legal advice.

Therefore, WOLF THEISS accepts no responsibility if – in reliance on the information contained in this memorandum – you act, or fail to act, in any particular way.

If you would like to know more about the topics covered in this memorandum or our services in general, please get in touch with the contacts listed above, or with:

Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG
Schubertring 6
1010 Wien
Tel. +43 1 515 10 – 0

www.wolftheiss.com