

## BVERGG-NOVELLE 2015 MIT 1.3.2016 IN KRAFT GETRETEN

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir haben bereits mehrmals über die Novelle zum Bundesvergabegesetz (BVerGG) berichtet. Nach einigen Verzögerungen wurde die Novelle nunmehr am 26.2.2016 veröffentlicht. Die Änderungen sind mit 1.3.2016 in Kraft getreten; hier noch einmal die wichtigsten Änderungen im Überblick:

▪ Fallgruppen für die verpflichtende Anwendung des Bestbieterprinzips

In § 79 Abs 3 BVerGG (für den klassischen Bereich) bzw § 236 Abs 3 BVerGG (für den Sektorenbereich) wird ein Katalog an Fällen festgelegt, in denen verpflichtend das Bestbieterprinzip (Bewertung nach Preis und Qualität) anzuwenden ist. Demnach ist das Bestbieterprinzip nunmehr verpflichtend dann anzuwenden, wenn (es handelt sich um alternative Voraussetzungen)

- es sich um eine geistige Dienstleistung handelt (Z 1)
- der Auftraggeber Alternativangebote zulässt (Z 2)
- "die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt" (Z 3)
- "es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen, und deswegen ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird (§ 28 Abs. 1 Z 3, § 29 Abs. 1 Z 2, § 30 Abs. 1 Z 2)" (Z 4)
- "in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien (§§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2) abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind" (Z 5)
- "die zu erbringenden Dienstleistungen dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann (§ 30 Abs. 1 Z 3)" (Z 6)
- "im Rahmen der Angebotsbewertung mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (zB Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) berücksichtigt werden sollen" (Z 7)
- "es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt" (Z 8)

- *"es sich um die Beschaffung von Lebensmitteln gemäß KN-Code 02 (Fleisch und genießbare Schlachtnebenerzeugnisse), 0401 (Kuhmilch), 0405 (Butter), 0407 (Eier), 0701-0709 (Gemüse) sowie 0808-0810 (Obst) handelt" (Z 9 – diese Ziffer wurde erst über Abänderungsantrag im Nationalrat eingefügt).*
- *Neue Bestimmungen für Subunternehmer*
  - *Neue Definition des Begriffs "Subunternehmer"*

Die neue Definition des Begriffs des "Subunternehmers" in § 2 Z 33a BVergG lautet wie folgt:

*"Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen 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. Die Einschränkung auf "handelsübliche" Waren oder Bestandteile wurde erst im Rahmen der Behandlung im Nationalrat eingefügt; interessant ist, dass diese Neu-Regelung im Widerspruch zur bisherigen vergaberechtlichen Rechtsprechung steht, wonach auch Unternehmen, die spezielle (Maß-)Anfertigungen herstellen, grundsätzlich als bloße Lieferanten zu qualifizieren sind.

Weiters sind nach den Materialien 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 oder Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer). Ob dies auch für die Überlassung von eignungs- oder zuschlagsrelevanten Geräten oder Personen mit besonderen Qualitäts- oder Qualifikationsanforderungen (zB Schlüsselpersonal) gilt, erscheint jedoch fraglich.

- *Festlegung kritischer Leistungsteile*

Im Zusammenhang mit der Novellierung werden bereits zwei Regelungen der neuen Vergaberichtlinien (Art 63 Abs 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Art 79 Abs 3 der Richtlinie 2014/25/EU) umgesetzt. Diese ermöglichen es Auftraggebern, bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag kritische Leistungsteile festzulegen, welche vom Auftragnehmer bzw einem Mitglied der Arbeits- oder Bietergemeinschaft oder einem verbundenen Unternehmen selbst ausgeführt werden müssen.

- *Festlegungen zum Subunternehmerwechsel nach Zuschlagserteilung*

Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber nach Zuschlagserteilung jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht

bereits im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers mitzuteilen ("*schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise*"). Der Einsatz dieser Subunternehmer darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen.

Der Auftraggeber hat diese Zustimmung zu einem Subunternehmerwechsel (ebenso wie eine allfällige Ablehnung) unverzüglich mitzuteilen; sie darf nur aus sachlichen Gründen verweigert werden. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn der Auftraggeber den neuen Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung des Auftragnehmers abgelehnt hat.

In den Materialien wird weiters klargelegt, 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 (den Subunternehmer trifft daher keine Bekanntgabepflicht gegenüber dem Auftraggeber).

- AVRAG-Abfrage

Der Auftraggeber hat verpflichtend 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 (zur Prüfung, ob diesen Unternehmen rechtskräftige Entscheidungen gemäß § 7k AVRAG oder rechtskräftige Bestrafungen gemäß § 7i Abs 4 und 5 AVRAG zuzurechnen sind).

- Kleinlosregelung im Oberschwellenbereich

Sowohl im klassischen Bereich (§ 14 Abs 3, § 15 Abs 4, § 16 Abs 5 BVergG) als auch für den Sektorenbereich (§ 182 Abs 3, § 183 Abs 4, § 184 Abs 5 BVergG) gilt, dass bei der Anwendung der sog. "Kleinlosregelung" für die Wahl des Verfahrens der geschätzte Auftragswert des einzelnen Loses gilt (bisher war der kumulierte Wert aller im Wege dieser Kleinlosregelung zu vergebenden Lose anzusetzen).

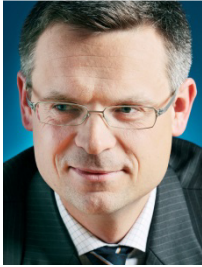
- Höhere Anforderungen an freiwillige ex ante Transparenzbekanntmachung

Weiters wird mit der Novelle eine Entscheidung des EuGH zur sog. "freiwilligen ex ante Transparenzbekanntmachung" umgesetzt (EuGH 11.9.2014, Rs C-19/13 *Fastweb II*). Entsprechend dieser Entscheidung ist ein einer freiwilligen ex ante Transparenzbekanntmachung nachfolgender Feststellungsantrag nur dann unzulässig, wenn der Auftraggeber "in zulässiger Weise" die "entsprechend begründete Entscheidung" bekannt gegeben hat. War die Entscheidung (der Vertragsschluss ohne förmliches Vergabeverfahren) unzulässig oder die Bekanntmachung nicht entsprechend begründet, so kann der Vertrag auch nach Bekanntgabe der freiwilligen ex ante Transparenzbekanntmachung und Ablauf der Stillhaltefrist weiterhin für nichtig erklärt werden.



## Kontakt

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.



**RA Mag. Manfred Essletzbichler**

Partner

+43 1 51510 5350

[manfred.essletzbichler@wolftheiss.com](mailto:manfred.essletzbichler@wolftheiss.com)



**RA Mag. Sebastian Oberzaucher**

Partner

+43 1 51510 5352

[sebastian.oberzaucher@wolftheiss.com](mailto: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](http://www.wolftheiss.com)