

Bundesvergabegesetz-Novelle 2015: Wichtige Neuerungen für die Bauwirtschaft

Am 10. Dezember 2015 hat der Nationalrat einstimmig die Bundesvergabegesetz-Novelle 2015 beschlossen. Die entsprechenden Dokumente (Regierungsvorlage zum Gesetzesentwurf samt Erläuterungen¹ sowie ein Abänderungsantrag der Regierungsparteien²) stehen auf der Website des Parlaments zum Download zur Verfügung.

Die Novelle wird am 1. März 2016 in Kraft treten. Sie umfasst im Wesentlichen drei baurelevante Neuerungen, welche sowohl im Bereich der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe als auch im Sektorenbereich eingeführt werden:

1. Erweiterte Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit durch verpflichtende Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB
2. Stärkere Verankerung der „Bestbietervergabe“ (verpflichtende Anwendung zusätzlicher Zuschlagskriterien neben dem Preis)
3. Erweiterte Mitwirkungs- und Kontrollpflichten des Auftraggebers im Hinblick auf die tatsächlich eingesetzten Subunternehmer

ad 1: Erweiterte Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit (§§ 72/231 BVergG)

Analog zur Verpflichtung des Auftraggebers, eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des BMF im Hinblick auf Verurteilungen wegen illegaler Ausländerbeschäftigung einzuholen, wird nunmehr auch die Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB im Hinblick auf Verurteilungen wegen Verletzungen des AVRAG (Unterentlohnung, Kontrollvereitelung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen) vorgeschrieben.

Sowohl bei Verstößen gegen das AuslBG als auch gegen das AVRAG sind folgende Kriterien für das Vorliegen einer beruflichen Unzuverlässigkeit maßgeblich:

¹ http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_00776/index.shtml

² http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/AA/AA_00139/index.shtml

- Die erste Bestrafung ist nicht zu berücksichtigen.
- Die zweite Bestrafung ist nach Ablauf eines Jahres ab Rechtskraft des Strafbescheids nicht mehr zu berücksichtigen.
- Jede weitere Bestrafung ist nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr zu berücksichtigen.

Bestrafungen nach dem AuslBG und nach dem AVRAG sind dabei getrennt zu beurteilen.

ad 2: Stärkere Verankerung des Bestbieterprinzips (§§ 79/236 BVergG)

Das BVergG sieht schon bisher eine Präferenz des sog. Bestbieterprinzips vor. De facto erfolgen die Auftragsvergaben aber dessen ungeachtet sehr häufig nach dem Billigstbieterprinzip. Aufgrund dieser Tatsache soll nunmehr für bestimmte Vergabeverfahren verpflichtend die Bestbietervergabe verankert werden. Die verpflichtende Verankerung des Bestbieterprinzips bedeutet, dass in jedem Fall neben dem Preis zumindest ein weiteres (qualitatives) Zuschlagskriterium vom Auftraggeber festgelegt werden muss.

Nur unter der Voraussetzung, dass der Qualitätsstandard einer Leistung klar und eindeutig beschrieben wird, soll der Auftraggeber bei kleineren Bauaufträgen (mit einem Auftragswert unter 1 Mio. Euro) weiterhin zwischen dem Zuschlagsprinzip des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Bestbieterprinzip) und dem des Angebotes mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) frei wählen können.

In allen anderen Fällen soll ausnahmslos das Bestbieterprinzip zur Anwendung kommen, und zwar insbesondere wenn

- es sich um eine geistige Dienstleistung handelt,
- der Auftraggeber in der Ausschreibung Alternativangebote ausdrücklich für zulässig erklärt,
- die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt,
- es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen,
- in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind³,
- vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden kann,

³ Da Sektorenauftraggeber nicht der Normenbindung gemäß §§ 97 und 99 Abs 2 BVergG unterliegen, kommt bei diesen das Kriterium „geeignete Leitlinien“ nicht zur Anwendung.

- im Rahmen der Angebotsbewertung mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige kostenwirksame Faktoren (z.B. Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) berücksichtigt werden sollen, oder
- es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens 1 Mio. Euro beträgt.

ad 3: Neuregelung der Subvergaben (§§ 83/240 sowie §§ 108/257 BVergG)

Mit der Neuregelung der Subvergabe soll sowohl in der Angebotsphase als auch in der Ausführungsphase mehr Transparenz hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Sub- und Subsubunternehmen geschaffen werden.

Als Subunternehmer wird gemäß Gesetz (§ 2 Z 33a) jeder Unternehmer gesehen, welcher Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt, also auch alle allfälligen Sub-Subunternehmer in der Kette. Ausgenommen ist lediglich die „bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind“.

Ab Inkrafttreten der Novelle hat der Bieter grundsätzlich alle Teile des Auftrages, die er an Subunternehmer vergeben will, im Angebot bekannt zu geben. Diese Verpflichtung gilt ebenso für alle weiteren Unternehmer, die Teile der übertragenen Leistungen ausführen sollen (Subsubunternehmer). Betroffen von der Verpflichtung sind sowohl „erforderliche“ Subunternehmer (das sind Unternehmer, die für die Eignung des Bieters zwingend notwendig sind), als auch nicht „erforderliche“ Subunternehmer (die für die Eignung des Bieters nicht notwendig sind).

Eine Einschränkung der Offenlegungspflicht auf „wesentliche“ Subunternehmer soll künftig nur mehr ausnahmsweise im Fall einer (sachlich begründbaren) Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung zulässig sein. Die Begründung muss nicht notwendiger Weise in der Ausschreibung offen gelegt sein, sie muss jedoch vom Auftraggeber dokumentiert werden. Als zulässiger sachlicher Grund wird in den gesetzlichen Erläuterungen u.a. die zu erwartende hohe Anzahl der bekannt zu gebenden Subunternehmer angeführt (z.B. weil es sich um eine besonders kleinteilige Leistung mit einer Vielzahl von Gewerken handelt).

Der Auftraggeber muss alle im Angebot genannten Subunternehmer (d.h. auch die nicht erforderlichen) prüfen, wobei Mehrfachnennungen von Subunternehmern im Angebot ausdrücklich zulässig sind. Die Prüfung durch den Auftraggeber muss sich neben der beruflichen Zuverlässigkeit auch auf die Frage erstrecken, ob der Subunternehmer über die erforderlichen Kapazitäten tatsächlich verfügt.

Anders als bei erforderlichen Subunternehmern soll bei nicht erforderlichen Subunternehmern eine nicht erfolgreiche Prüfung nicht zum Ausscheiden des (Haupt-)Angebotes des Bieters führen, sondern nur dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer ablehnen muss. Das Angebot des Bieters als solches verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren.

Ergänzend zur Offenlegungspflicht in der Angebotsphase wird mit der BVergG-Novelle eine erweiterte Kontrollpflicht des Auftraggebers in der Ausführungsphase verankert. Falls nach Zuschlagserteilung der Einsatz eines noch nicht vom Auftraggeber geprüften Subunternehmers (egal ob Austausch oder nachträgliches Hinzuziehen) ins Auge gefasst wird, hat der Auftragnehmer dies unverzüglich bekannt zu geben und dem Auftraggeber die zur Prüfung erforderlichen (Eignungs-)Nachweise zu übermitteln. Diese Verpflichtung gilt auch für jene Fälle bzw. Leistungen, für die der Auftraggeber eine Einschränkung der Offenlegungspflicht in der Angebotsphase festgelegt hat.

Der nachträglich genannte Subunternehmer darf nur nach „ausdrücklicher“ vorheriger Zustimmung durch den Auftraggeber an der Ausführung des Auftrages mitwirken. Die „ausdrückliche“ Zustimmung impliziert, dass eine generelle vorherige Zustimmungserklärung des Auftraggebers („Freibrief“) unzulässig ist. Der Auftraggeber darf seine Zustimmung zum Einsatz neuer Subunternehmer nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen Gründen verweigern. Die Zustimmung bzw. Ablehnung durch den Auftraggeber hat unverzüglich zu erfolgen. Sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Bekanntgabe abgelehnt hat, gilt die Zustimmung des Auftraggebers als erteilt.

Ergänzend zur neuen Subvergabe-Regelung wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, die Ausführung bestimmter „kritischer“ Leistungsteile durch den Auftragnehmer selbst (als Eigenleistung) vorzuschreiben. Das daraus resultierende Verbot der Subvergabe von vorab definierten Leistungsteilen soll dem Auftraggeber Gewähr bieten, dass von ihm als „kritisch“ eingestufte Leistungen nicht durch andere Unternehmer erbracht werden. Davon ausgenommen sind laut Gesetz lediglich verbundene Unternehmungen (Konzerngesellschaften) sowie Mitglieder von Arbeitsgemeinschaften.

Resümee und Ausblick

Dem Gesetzesbeschluss gingen z.T. sehr kontroversiell geführte Diskussionen verschiedener Interessengruppen voraus, ob bzw. inwieweit die unter dem Schlagwort „Faire Vergaben“ postulierten Zielsetzungen im nationalen Vergaberecht umgesetzt werden sollen.

Mit der nunmehr beschlossenen Novelle ist zwischen den Interessengruppen ein einigermaßen tragfähiger Kompromiss gefunden worden. Ob mit den neuen Regelungen - insbesondere im Bereich der Subvergaben - auch den Anforderungen der täglichen Praxis entsprochen wurde, muss allerdings bezweifelt werden. Der bürokratische Aufwand und die damit verbundenen Transaktionskosten werden jedenfalls sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite deutlich steigen.

Mit der Bundesvergabegesetznovelle 2015 wurde überdies nur ein erster Zwischenschritt zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014 gesetzt. Diese müssen bis Mitte April 2016 vollständig im nationalen Vergaberecht verankert werden, sodass bereits Anfang 2016 der Begutachtungsentwurf für ein neues Bundesvergabegesetz 2016 erwartet wird. Die Gesetzesmaterie bleibt somit weiterhin in Bewegung und wird uns auch im kommenden Jahr intensiv beschäftigen.

Rückfragehinweis:

Mag. Michael Steibl
Geschäftsführer der VIBÖ
Tel.: 01/5041557-2116
eMail: steibl@viboe.at

Wien, im Dezember 2015