

Ministerratsbeschluss eines Bundesvergabegesetzes 2017

Am 7.6.2017 wurde im Ministerrat der Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2017 beschlossen. Mit dem BVergG 2017 sollen die noch nicht umgesetzten Teile der EU-Vergaberichtlinien - verspätet - im nationalen Recht verankert werden, der Entwurf geht aber darüber hinaus.

Der vorliegende Gesetzesentwurf umfasst im Wesentlichen folgende (geplante) baurelevante Neuerungen:

Ausschlussgründe (§ 78 Abs 1 Z 9)

Der Ministerratsentwurf enthält einen neuen Ausschlussgrund, wonach ein öffentlicher Auftraggeber einen Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen hat, wenn *„der Unternehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“*. Einer Forderung der VIBÖ folgend, wurden die Erläuterungen zum Gesetzestext im Vergleich zum Begutachtungsentwurf konkretisiert. Es wurde ausführlich festgehalten, dass das Fehlverhalten eines Bieters eine gewisse Qualität aufweisen muss und der Ausschluss nur durch die Verletzung „wesentlicher Anforderungen“ gerechtfertigt ist.

Alternativangebote (§ 96)

Der Auftraggeber kann Alternativangebote bei jedem Verfahren zulassen. Er ist nicht mehr auf Aufträge beschränkt, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen.

Normenbindung (§§ 105 Abs 3, 110 Abs 2)

Die bisher in den §§ 97 und 99 Abs 2 BVergG 2006 enthaltene so genannte „Normenbindung“ *„Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Fest-*

legungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“ wird durch eine unverbindliche Formulierung „Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so ist auf diese Bedacht zu nehmen.“ ersetzt.

Ausscheiden von Angeboten (§ 141 Abs 1 Z 10)

Der Ministerratsentwurf sieht einen neuen Ausscheidensgrund vor, wonach „Angebote von Bietern, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können“ auszuschneiden sind. Die Erläuterungen nennen als Beispielfall „die Ausschreibung der Kontrolle einer Baustelle, wenn der Bieter zugleich Leiter der gegenständlichen Baustelle ist (Selbstkontrolle).“

Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern (§ 363)

Der § 83 BVergG 2006 sieht vor, dass der Auftragnehmer nach Zuschlagerteilung jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen hat. Der Einsatz dieser Subunternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers ist, ebenso wie eine allfällige Ablehnung, unverzüglich mitzuteilen und darf nur aus sachlichen Gründen verweigert werden. Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat.

Der im Ministerratsentwurf enthaltene § 363 BVergG 2017 übernimmt diese Regelungen, streicht aber die Zustimmungsfiktion, wonach es als Zustimmung durch den Auftraggeber gilt, wenn dieser einen genannten Subunternehmer nicht innerhalb von 3 Wochen ablehnt.

Die Erläuterungen dazu lauten wie folgt: „Die Zustimmung zu einem neuen Subunternehmer oder dessen allfällige Ablehnung hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer „unverzüglich“ mitzuteilen; „unverzüglich“ bedeutet ohne schuldhaftes Verzögerung. Teilt der Auftraggeber nicht in diesem Sinn „unverzüglich“ die Zustimmung oder Ablehnung mit, ist dies - als dem Auftraggeber zuzurechnende schuldhaftes Verzögerung - im Rahmen des zivilrechtlichen Auftragsverhältnisses entsprechend zu berücksichtigen (zB bei Pönalen).“

Die endgültige Klärung, ob das Gesetz weiterhin - wie von der VIBÖ gefordert - eine Zustimmungsfiktion enthalten soll, wurde im Ministerratsbeschluss in einer sogenannten „Protokollanmerkung“ ins nun folgende parlamentarische Verfahren verschoben. Ebenso die Frage, inwieweit Sektorenauftraggeber bei Bauaufträgen über 1 Million Euro zur Anwendung des Bestbieterprinzips mittels Zuschlagskriterium verpflichtet bleiben.

Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit (§ 365)

Der Ministerratsentwurf sieht - in Übernahme der entsprechenden, sehr ausführlichen Regelungen aus der EU-Richtlinie - vor, dass *„wesentliche Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig [sind]“*.

Laut Entwurf handelt es sich jedenfalls um eine wesentliche Änderung, wenn sie die *„Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätte“* oder *„das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätte“*, oder *„das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung zugunsten des Auftragnehmers verschoben“* wird, oder *„der Umfang des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung erheblich ausgeweitet oder verringert“* wird.

Jedenfalls als unwesentliche Änderungen anzusehen sind Änderungen der Auftragssumme, sofern sie die vergaberechtlichen Schwellenwerte und 15% der ursprünglichen Auftragssumme bei Bauaufträgen nicht übersteigen.

Weiters sind Änderungen unwesentlich, die *„unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind. Diese Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können, und dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den Gesamtcharakter des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung verändern würden.“*

Auch bei *„zusätzlichen Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers, die erforderlich geworden sind und nicht in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen waren, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre“* und bei Änderungen, die *„aufgrund von Umständen erforderlich [wurden], die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender Auftraggeber nicht vorhersehen konnte“*, handelt es sich um unwesentliche Änderungen, sofern *„der Gesamtwert der zusätzlichen Leistungen ... 50% des Wertes des ursprünglichen Auftrages nicht übersteigt[t]“*.

Meldepflichten bei Bauaufträgen (§ 367)

Der öffentliche Auftraggeber hat bei Bauaufträgen über 100.000 Euro unmittelbar nach Erteilung des Zuschlags bestimmte im Gesetz aufgeführte grundlegende Daten zum Auftragnehmer und den Subunternehmern in die Baustellendatenbank der BUAK einzutragen, wobei diese Bestimmung erst mit Oktober 2018 in Kraft treten soll.

Resümee und Ausblick

Derzeit ist nicht absehbar, wann das neue BVergG 2017 in Kraft treten wird. Auf Basis der bisherigen Erfahrungen kann mit einem Inkrafttreten im Herbst 2017 gerechnet werden.

Auch der genaue Inhalt ist in einigen Punkten noch nicht absehbar, da das Gesetzgebungsverfahren im Parlament noch Änderungen bringen kann.

Die VIBÖ bemüht sich stets um Regelungen im Vergaberecht, die in weiterer Folge auch eine praktikable Abwicklung von Bauprojekten ermöglichen. Der Ministerratsentwurf hat erfreulicherweise gegenüber dem Begutachtungsverfahren bereits einige Anregungen der Bauwirtschaft übernommen.

So finden sich in § 84 Abs 1 iVm Anhang X erstmals sowohl das Verhältnis Jahresumsatz zu Auftragswert als auch Ratingzahlen in der Liste der möglichen Eignungskriterien zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Damit wurden Überlegungen eines von der VIBÖ beauftragten Gutachtens „Überlegungen zu einem Gesetzesvorschlag für eine risikobasierte Festlegung von Kriterien zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Grundlage eines Projektklassensystems“, Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher/Univ.-Prof. DI Hans Lechner (abrufbar auf der Homepage der VIBÖ (http://www.viboe.at/uploads/tx_viboelinkct/2017-02-Gutachten-Kriterien-Projektklassensystem-Aicher.pdf) aufgegriffen.

In diesem Sinn konzentrieren wir uns in weiterer Folge auf die Inhalte, wo noch mit einiger Wahrscheinlichkeit für die Bauwirtschaft positive Änderungen durchgesetzt werden können. Dies betrifft insbesondere den noch offenen Punkt der Zustimmungsfiktion und die Frage der Normenbindung sowie die im § 78 Abs 2 des Ministerratsentwurfs enthaltene Regelung zum Nachweis der Zuverlässigkeit durch natürliche Personen (Stichwort: Strafregisterauszüge auch für Prokuristen?).

Rückfragehinweis:

Mag. Matthias Wohlgemuth
Geschäftsführer der VIBÖ
Tel.: 01/5041557-2116
eMail: wohlgemuth@viboe.at

Wien, im Juni 2017