

ZVVB

Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Beiträge

Vermeidung von Mehrkosten bei Bauprojekten

Martin Schiefer und Philipp Hecke

Digitaler Beschaffungszyklus – vom Bedarf zum fertigen Katalog

Frank Linneberg und Steffen Donath

Selbstreinigung: personelle Maßnahmen und Import der beruflichen Unzuverlässigkeit

Normann Plattner-Schwarz und Benjamin Becic

Die Erfassung von Baustellengemeinkosten und deren Zuordnung zu Positionen (Teil 1)

Andreas Kropik und Martin Entacher

Rechtsprechung

BVwG: Nur ein klarer Widerspruch führt zum Ausscheiden

Christof Schönfelder und Emanuel Varvaroi

OGH: Wettbewerbsbeschränkende Absprachen auch bei Verfahren außerhalb des BVergG strafbar nach § 168b StGB

Linda Sophie Fellmann und Markus E. Moro

VwGH: Öffentlich-öffentliche Kooperation

Clemens Mayr

OGH: Beweismaß Mangelhaftigkeit von Türen

Philipp Springer

Vermeidung von Mehrkosten bei Bauprojekten

Der Beitrag schnell gelesen

- ▶ Mehrkosten sind aus dem Baubereich nicht wegzudenken. Unabhängig davon, ob es sich um den Bau eines Einfamilienhauses handelt oder um ein großes öffentliches Infrastrukturprojekt – Nachträge sind allgegenwärtig. Sowohl Bauherrn als auch Bauunternehmen beschäftigen mittlerweile zahlreiche Personen, die sich mit (Anti-)Claim-Management auseinandersetzen.
- ▶ Kein Gesetz der Welt wird jemals unerwartete Nachträge, wie etwa Mehrkosten aufgrund der COVID-19-Pandemie, verhindern können. Eine der Hauptursachen für Mehrkos-

tenforderungen ist jedoch eine unzureichende Projektvorbereitung und daraus resultierend fehlerhafte und/oder unvollständige Ausschreibungen.

Vergaberecht

§§ 104, 128 BVergG; § 1879 ABGB

BVwG 26. 3. 2015, W187 2017416-2/26E; 30. 1. 2019, W138 2210940/10001

ZVB 2024/4



Mag. MARTIN SCHIEFER ist Gründer und Partner von Schiefer Rechtsanwälte.

Mag. PHILIPP HECKE ist Rechtsanwalt bei Schiefer Rechtsanwälte.

Inhaltsübersicht:

A. Ausschreibungsphase

1. Projektvorbereitung
2. Leistungsbeschreibungen
 - a) Konstruktive Leistungsbeschreibung
 - b) Funktionale Leistungsbeschreibung
 - c) Mischform zwischen funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung
3. ÖNORM B 2061 und Angebotsprüfung
4. Alternativangebote

B. Alternative Vertragsmodelle

1. Ein Blick nach Deutschland
2. Merkmale von Partnerschaftsmodellen

A. Ausschreibungsphase

1. Projektvorbereitung

Bauprojekte sind komplex und eine sorgfältige Vorbereitung ist daher unverzichtbar. In der Regel treten die meisten Störungen der Projektabwicklung und somit die meisten Mehrkostenforderungen in der Bauausführungsphase auf. Die Hauptursache für diese Störungen liegt jedoch vorwiegend in der ersten Projektphase, der Projektvorbereitung. Dies insb aufgrund einer unzureichenden Bedarfsplanung sowie einer fehlerhaften Zusammensetzung des Projektteams.¹

Die Bedarfsplanung spielt bei Bauprojekten eine wesentliche Rolle. Mit der Bedarfsplanung sollen die Fragen „Was soll gebaut

werden?“ und „Können diese Vorstellungen auch umgesetzt werden?“ beantwortet werden. Für die Bedarfsplanung ist der AG verantwortlich. Er muss die Bauaufgabe definieren und seine Bedürfnisse sowie die von allfälligen Nutzern ermitteln. Dies wird allerdings oftmals vernachlässigt.² Es wird versucht, Projekte zu schnell zu realisieren, und werden daher zu kurze Vorlaufzeiten veranschlagt. Dadurch kommt es zu einer höheren Fehleranfälligkeit. Konsultanten werden teilweise zu spät einbezogen, wesentliche Grundlagen nicht erhoben und die Projektorganisation nicht richtig aufgesetzt.

Die Projektorganisation sowie die gesamte Herangehensweise an ein Projekt hängen stark von dessen Komplexität ab. Hier kann auf Komplexitätsbewertungen zurückgegriffen werden. *Lechner*³ hat bspw ein Modell entwickelt, bei welchem er Projekte in fünf Projektklassen (wenig bis sehr komplex) unterteilt. Durch die Bewertung kann schnell die Komplexität des konkreten Projekts eruiert werden. Dadurch ist besser einschätzbar, welche Projektbeteiligten und welche Vorlaufzeiten notwendig sind.

Darüber hinaus darf auch eine realistische Budgetierung nicht unterschätzt werden. Im Jahr 2015 wurde von der Hertie School of Governance GmbH eine Studie⁴ veröffentlicht, in der 170 in Deutschland seit 1960 realisierte Großprojekte erfasst und analy-

¹ H. Lechner, Arbeitshilfen für die Praxis: wie Sie mit Sicherheit Ihr Projekt versenken oder auch nicht IV (2015) 22.

² Kalusche, Was wollen wir bauen? – Bedarfsplanung im Bauwesen, in *Motzko* (Hrsg), Festschrift anlässlich des 30-jährigen Bestehens des Instituts für Baubetrieb der Technischen Universität Darmstadt (2009) 172.

³ Lechner, Projektklasse, planungswirtschaft 06/2016, 9f.

⁴ Kostka/Anzinger, Hertie School of Governance – Large Infrastructure Projects in Germany Between Ambition and Realities Working Paper 1 (2015) 8; www.hertie-school.org/de/infrastruktur (abgerufen am 22. 11. 2023).

sirt wurden, darunter 119 abgeschlossene und 51 noch laufende Projekte. Diese Projekte betrafen neben Bauprojekten auch Projekte aus dem Energie-, Rüstungs- sowie Informations- und Kommunikationsbereich. Die Ergebnisse waren beeindruckend. Hinsichtlich der bereits abgeschlossenen Projekte betrug die durchschnittliche Kostensteigerung 73% pro Projekt, bei den noch laufenden Projekten 41%. Die für den Baubereich relevanten Sektoren „Verkehr“ und „Gebäude“ verzeichneten durchschnittliche Kostensteigerungen von 33% und 44% bei den fertiggestellten Projekten.

Wenn nun aber Kostensteigerungen bei Großprojekten im Durchschnitt mehr als ein Drittel der ursprünglichen Kostenschätzung ausmachen, verdeutlicht dies die Notwendigkeit, die Kostenplanung von Projekten realistisch und sorgfältig zu eruieren, um finanzielle Herausforderungen und Mehrkosten im Verlauf des Projekts zu minimieren.

Kostensteigerungen machen gemäß einer deutschen Studie bei Großprojekten im Durchschnitt mehr als ein Drittel der ursprünglichen Kostenschätzung aus.

AG sind gut beraten, durch eine frühzeitige Evaluierung des Projekts eine funktionierende und passende Projektorganisation zu installieren sowie eine realistische Budgetierung sicherzustellen, um die Chancen auf ein erfolgreiches und kostenstabiles Projekt erheblich zu erhöhen. Dies benötigt eine längere Vorlaufzeit. Dadurch entstehen zwar höhere Kosten in der Vorbereitungsphase, diese Kosten und der „Zeitverlust“ werden aber durch eine effiziente Ausführungsphase und damit einhergehend weniger Mehrkostenforderungen bei Weitem ausgeglichen.

2. Leistungsbeschreibungen

Die Leistungsbeschreibung ist der zentrale Bestandteil einer jeden Ausschreibung, weil sie den Leistungsumfang des AN definiert. AG können die zu erbringende Leistung wahlweise konstruktiv oder funktional beschreiben.

Die konstruktive Leistungsbeschreibung beschreibt die (Bau-)leistung detailliert in Positionen. Gem § 104 Abs 1 BVergG muss der öffentliche AG die Leistung so eindeutig, vollständig und neutral beschreiben, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist.

Hingegen ist bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung iSd § 104 Abs 2 BVergG keine vollständige, sondern lediglich eine hinreichend genaue Beschreibung notwendig, aus der für die Erstellung des Angebots alle maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Es muss sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer, funktionaler und sonstiger Hinsicht beschrieben werden.

Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung gibt der AG das Leistungsziel vor. Wie der AN den „Weg“ zu diesem Ziel beschreitet, bleibt ihm überlassen.⁵ Im Zuge dessen muss eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet bleiben. Der (öffentliche) AG hat daher Leistungs- und Funktionsanforderungen vorzugeben, womit er neben dem Leistungsziel auch die an die Leistung gestellten Anforderungen festhält.

Darüber hinaus hält Pkt 4.2.1.3. der ÖNORM B 2110 fest, dass in der Ausschreibung alle Umstände, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind, sowie besondere Erschwernisse oder Erleichterungen,

wie etwa Baugrundverhältnisse, anzuführen sind. Nahezu wortgleich wird dem öffentlichen AG in § 104 Abs 3 BVergG dieselbe Verpflichtung auferlegt. AG müssen Risiken, die aus ihrer Sphäre kommen können, entsprechend untersuchen und Angaben dazu machen. Dies betrifft etwa Angaben zum Baugrund, welcher massives Potential für Mehrkostenforderungen hat.⁶

Jedenfalls ist beim jeweiligen Detaillierungsgrad der Ausschreibung vom AG das richtige Maß zu finden. Detaillierte Angaben bedeuten nicht automatisch, dass eine vollständige Beschreibung vorliegt – im Gegenteil, je weniger detailliert die Beschreibung der Leistung ist, desto vollständiger ist sie im Regelfall.⁷

a) Konstruktive Leistungsbeschreibung

Gem § 105 Abs 1 BVergG sind bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung umfangreiche Leistungen in einem LV aufzugliedern. Mehrkostenforderungen ergeben sich oftmals daraus, dass das der Ausschreibung beiliegende LV fehlerhaft, widersprüchlich oder unvollständig ist. Während der Ausführungsphase kommt es zu Diskussionen, ob der AN die Fehler, Widersprüche und/oder Unvollständigkeiten im LV erkennen hätte müssen und daher seiner vorvertraglichen Warnpflicht nachgekommen ist oder nicht.

Diese Frage wird mittels Vertragsauslegung geklärt. Maßgeblich ist der objektive Empfängerhorizont des AN in Form des Kalkulanten. Es stellt sich die Frage, wie dieser die Ausschreibung verstehen musste.⁸

Diese Auslegungsfragen können jedoch verhindert werden. Regelmäßig wird von standardisierten Leistungsbeschreibungen abgewichen, werden frei formulierte Z-Positionen und/oder Sicherheitspositionen, also Positionen für möglicherweise benötigte Leistungen, verwendet.⁹

Standardisierte Leistungsbeschreibungen haben jedoch den Vorteil, dass diese sowohl dem AG als auch dem AN bekannt sind und laufend an die anerkannten Regeln der Technik angepasst werden. Zudem können bei der Verwendung von frei formulierten Z-Positionen leicht Widersprüche zu den sonstigen AU entstehen. Eingriffe in die Standardtexte sind daher nur dann vorzunehmen, wenn sie tatsächlich notwendig sind. Sicherheitspositionen hingegen sind ein Anreiz für AN spekulative Preise anzubieten. Müssen die Positionen ausgeführt werden, entstehen hohe Kosten aufgrund der Mengenmehrung. Es ist daher anzuraten, im LV auf Sicherheitspositionen zu verzichten und stattdessen – falls erforderlich – die Leistung in der Ausführungsphase mittels Mehrkostenforderung abzuhandeln. Ebenso sollten versteckte rechtliche Vertragsklauseln in den Leistungsverzeichnissen vermieden werden, da auch hier leicht Widersprüche entstehen, die zu Mehrkostenforderung führen können.¹⁰

Ein weiterer Hauptgrund für Mehrkostenforderungen ist eine unvollständige Planung zum Angebotszeitpunkt. Bei Angebotsabgabe liegt oftmals lediglich eine Entwurfsplanung vor, auf Basis derer das LV erstellt wird. In der Ausführungsphase kommt es

⁵ Sturm, Die funktionale Ausschreibung nach dem BVergG 2002, ZVB 2002/121 (Pkt A).

⁶ Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmans, Bundesvergabegesetz 2018 (2020) § 104 BVergG 2018 Rz 50; Sturm, ZVB 2002/121 (Pkt B.1.).

⁷ Kropik, (Keine) Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag (2021) 498.

⁸ Müller in Müller/Stempkowski, Handbuch Claim-Management² (2015) 64 ff.

⁹ Kropik, Mehrkostenforderungen 70 ff; Plettenbacher/Stopfer/Nowotny, Handbuch Anti-Claim-Management 41 ff; Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmans, BVergG 2018 § 104 BVergG Rz 30.

¹⁰ Plettenbacher/Stopfer/Nowotny, Anti-Claim-Management 41 ff; Kropik, Mehrkostenforderungen 70 ff.

dann bei der Planungsfortschreibung zu Leistungsänderungen und Mehrkostenforderungen.¹¹

Einer der Hauptgründe für Mehrkostenforderungen ist eine unvollständige Planung zum Angebotszeitpunkt. Ein hoher Detaillierungsgrad der Planung in der Ausschreibungsphase verhindert Mehrkostenforderungen in der Ausführungsphase.

*Plettenbacher/Stopfer/Nowotny*¹² haben diesbezüglich einige Kriterien festgelegt, die in der Ausschreibungsphase vom AG zu berücksichtigen sind:

- ▶ Hoher Detaillierungsgrad der Planung
- ▶ Exakte Mengenermittlung
- ▶ Klare Vorgaben bei Qualitäten
- ▶ Vorgegebenes Planlaufschema
- ▶ Bauzeitplanung

Grundsätzlich sollte vor jeder Ausschreibung vom AG festgestellt werden, ob das Projekt überhaupt schon ausschreibungsfähig ist. Dies wird regelmäßig zu verneinen sein, wenn bei einer Ausschreibung mit konstruktiver Leistungsbeschreibung für die LV-Erstellung lediglich eine Entwurfsplanung oder Einreichplanung vorliegt.¹³

b) Funktionale Leistungsbeschreibung

In der Praxis erfreuen sich funktionale Ausschreibungen immer größerer Beliebtheit. Funktionale Leistungsbeschreibungen werden als Pauschalpreisvertrag ausgeschrieben.¹⁴ Der AG gibt bei solchen lediglich das Leistungsziel vor. Mengen, Ausführungsmethoden usw sind vom AN selbst zu bedenken und zu kalkulieren. Die funktionale Leistungsbeschreibung ist nicht prozess-, sondern ergebnisorientiert.¹⁵ Da der AN Art und Weise der Leistungserbringung selbst bestimmt, hat er bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung Planungsleistungen zu erbringen.¹⁶

Gem § 128 Abs 3 BVergG hat der Bieter zudem bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung in seinem Angebot zu erklären, dass die von ihm gemachten Angaben, insb die von ihm selbst ermittelten Mengen, vollständig sind. Der Bieter übernimmt somit sowohl das Vollständigkeitsrisiko hinsichtlich der von ihm erstellten Pläne für die funktionsfähige Herstellung des Bauwerks als auch die Mengengarantie hinsichtlich der von ihm ermittelten Mengen. Den Bieter trifft daher das Risiko, dass das Leistungsziel mit dem von ihm angegebenen Leistungsumfang erreicht wird.¹⁷ Der AN kann diesbezüglich keine Mehrkostenforderungen stellen.

Der AG gibt bei der funktionalen Leistungsbeschreibung das Ziel vor. Der „Weg“ zu diesem Ziel bleibt dem AN überlassen.

Ein Vorteil der funktionalen Leistungsbeschreibung liegt auf der Hand: Es treten weniger Schnittstellen zwischen Planer und Bauunternehmer auf. Beide Leistungsteile liegen (zumindest zum Teil) im Verantwortungsbereich des Bauunternehmers. Das Bauunternehmen kann sich nicht auf allfällige Fehler und Unvollständigkeiten in seiner eigenen Planung berufen. Es kommt zu weniger Mehrkostenforderungen.

c) Mischform zwischen funktionaler und konstruktiver Leistungsbeschreibung

Regelmäßig liegt einer Bauausschreibung aber keine rein funktionale oder konstruktive Leistungsbeschreibung zu Grunde,

sondern eine Mischform. Konstruktive Leistungsbeschreibungen enthalten oftmals rein funktional beschriebene Leistungspositionen, während funktionale Leistungsbeschreibungen häufig konstruktive Merkmale wie Mengenangaben, Ausführungsmethoden oder weitreichende Planungen beinhalten.¹⁸

Von AG wird daher nicht nur das Leistungsziel beschrieben, sondern auch, wie dieses Ziel vom AN zu erreichen ist. Macht der AG detaillierte Angaben, etwa durch Vorgabe der Baumethode, Angaben von zu verwendenden Baumaterialien, oder legt er Pläne oder Bodengutachten vor, handelt es sich dabei um Anweisungen iSd § 1168a ABGB, welche in die Risikosphäre des AG fallen. Allfällige Fehler oder Unvollständigkeiten in der Leistungsbeschreibung sowie den übergebenen Unterlagen (Pläne etc) sind daher dem AG zuzurechnen – ihn trifft das Beschreibungsrisiko. Ist die Leistungsbeschreibung etwa hinsichtlich der vorgegebenen Herstellungsmethoden unvollständig und kann daher das Leistungsziel nicht ohne zusätzliche Leistungen erreicht werden, muss der AG allfällige damit zusammenhängende Mehrkosten tragen. Zudem fallen Umstände, die im Zeitpunkt der Angebotslegung für den AN nicht erkennbar waren, nicht in seine Sphäre. Maßstab ist hier wieder der sorgfältige Kalkulant.¹⁹

Regelmäßig werden diese Risiken mit vertraglichen Vollständigkeitsgarantien auf den AN überbunden, wodurch Mehrkostenforderungen verhindert werden können. Hier hat jedoch der öffentliche AG § 88 Abs 2 BVergG zu beachten. Ausschreibunterlagen sind nämlich von ihm so auszuarbeiten, dass der AN die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ermitteln kann. Die Überbindung von unkalkulierbaren Risiken kann aber auch bereits gem § 879 Abs 3 ABGB sittenwidrig sein.²⁰

Der Bieter hat nach § 128 Abs 1 BVergG bei funktionalen Leistungsbeschreibungen grundsätzlich ein von ihm zu erstellendes LV mit Mengen- und Preisangaben vorzulegen. Ist dieses unvollständig und kann daher das vom AG ausgeschriebene Leistungsziel nicht erreicht werden, fällt das Risiko in die Sphäre des Bieters, der nach § 128 Abs 3 BVergG die Vollständigkeit seines Angebots erklärt hat.

Die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung ist zu hinterfragen. Legt der AN nämlich ein konstruktives LV mit bestimmten Mengen- und Preisangaben vor, so ist dieses als Kostenvoranschlag ohne Gewährleistung iSd § 1170a Abs 2 ABGB zu bewerten, wodurch Mengenerhöhungen grundsätzlich in die Sphäre des AG fallen.²¹ Auch wenn der Bieter die Mengen garantiert, liegt bei Streitigkeiten in der Ausführungsphase der naheliegende Vorwurf des AN auf der Hand, der AG habe das Angebot nicht ordnungsgemäß und vollständig geprüft. Es ist daher für den öffentlichen AG ratsam, die Preise anhand von Preisblättern abzufordern und nicht detaillierte LV zu fordern.²²

¹¹ *Lechner*, Arbeitshilfen Projekte versenken 22f.

¹² *Plettenbacher/Stopfer/Nowotny*, Anti-Claim-Management 50.

¹³ *Lechner*, Strategischer Imperativ für Ausschreibung und Vergabe (Teil I), bauaktuell 2022, 179.

¹⁴ *Karasek*, ÖNORM B 2110⁴ (2023) Vor 8 Rz 64 (Stand 1. 5. 2023, rdb.at); *Kropik/Rejai*, Die vielen Ausprägungen des Pauschalvertrags, ZVB 2022/70, 334.

¹⁵ *Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 104 BVergG Rz 39.

¹⁶ *Sturm*, ZVB 2002/121 (Pkt A); *Schneider* in *Müller/Stempkowski*, Claim-Management² 110 ff.

¹⁷ *BVwG* 26. 3. 2015, W187 2017416-2/26E; *Karasek*, ÖNORM⁴ Vor 8 Rz 72.

¹⁸ *Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 103 BVergG Rz 4.

¹⁹ *Karasek*, ÖNORM⁴ Vor 8 Rz 75.

²⁰ *Karasek*, ÖNORM⁴ Vor 8 Rz 97.

²¹ *Sturm*, ZVB 2002/121 (Pkt C).

²² *Heid*, Die funktionale Leistungsbeschreibung im Baubereich, RPA 2011, 77.

3. ÖNORM B 2061 und Angebotsprüfung

Die überarbeitete ÖNORM B 2061:2020 ist seit mittlerweile drei Jahren in Kraft. In den letzten Monaten wurde sie in der Lit vielfach diskutiert.²³

Sinn und Zweck der ÖNORM B 2061 ist es, Preise nachvollziehbar zu ermitteln. Sie standardisiert die Preisermittlung und stellt diese mittels der Verwendung von Kalkulationsformblättern verständlich dar. Die ÖNORM B 2061 spielt bei der Erstellung der Ausschreibung und der Angebote, aber auch bei späteren Mehrkostenforderungen eine Rolle. Wie jede ÖNorm, muss auch diese von den Vertragsparteien vertraglich vereinbart werden.

Für den (öffentlichen) AG ist die Vorgabe zur Verwendung der ÖNORM B 2061 vor allem deswegen von Vorteil, weil dadurch die Angebotsprüfung, insb hinsichtlich der Angemessenheit der Preise, erleichtert wird. *Hofstadler*²⁴ hat die in der Rsp entwickelten Grundsätze zur Angemessenheit der Preise zusammengefasst:

- ▶ Seitens des öffentlichen AG darf nur zu angemessenen Preisen vergeben werden.
- ▶ Es sind auch Einheitspreise und nicht nur der Gesamtpreis zu hinterfragen.
- ▶ Sowohl überhöhte als auch zu niedrige Preise müssen vertieft überprüft werden.
- ▶ Ob Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sind, wird mittels vertiefter Angebotsprüfung eruiert.
- ▶ Die Preisangemessenheitsprüfung ist vordergründig eine Preis-Plausibilitätsprüfung. Es muss nicht die gesamte Kalkulation im Detail überprüft werden.

Angebote, denen eine unplausible und/oder spekulative Preisermittlung zu Grunde liegt, sind gem § 141 BVergG auszuschneiden – ebenso wie Angebote von Bieter(n), die trotz Vorgabe nicht nach der ÖNORM B 2061 kalkulieren. Bieter haben die Kalkulationsvorgaben des öffentlichen AG einzuhalten.²⁵

Durch die Vereinbarung der ÖNORM B 2061 können bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung unplausible und spekulative Angebote leichter gefiltert und ausgeschieden werden. Dadurch kommt es auch zu weniger Mehrkostenforderungen in der Ausführungsphase.

Praxistipp

Mit Vereinbarung der ÖNORM B 2061 können bereits zum Ausschreibungszeitpunkt unplausible und spekulative Angebote leichter ausgeschieden werden.

4. Alternativangebote

Alternativangebote sind gem § 2 Z 2 BVergG 2018 Angebote über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters. Alternativangebote sind grundsätzlich gem § 96 Abs 1 BVergG unzulässig, können aber vom öffentlichen AG zugelassen werden.

Bieter können mittels Alternativangeboten vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt in technischer, wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht abweichen, um mittels technisch sinnvoller und regelmäßig kostengünstigeren Lösungen einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen. Für den öffentlichen AG ergibt sich daraus der Vorteil, dass schon frühzeitig das Know-how der Bieter genutzt werden kann.²⁶

Die Zulassung von Alternativangeboten ist im Hinblick auf die bezugnehmenden Regelungen der ÖNORM B 2110 interessant. Gem Pkt 6.3.3. der ÖNORM B 2110 gilt bei einem Einheits-

preisvertrag, der auf Grundlage eines Alternativangebots abgeschlossen wurde, für die davon betroffenen Leistungen ein garantierter Gesamtpreis als vereinbart.²⁷

Beim garantierten Gesamtpreis handelt es sich um einen Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit gem § 1170a ABGB. Somit ist zwar möglich, dass sich einzelne Positionen des Vertrags erhöhen, eine Überschreitung des garantierten Gesamtpreises durch Mengenänderungen ist jedoch ausgeschlossen. Im Gegensatz zum Pauschalpreisvertrag kann der garantierte Gesamtpreis jedoch unterschritten werden und kommen Kostenunterschreitungen somit dem AG zugute.²⁸ Zu einer Erhöhung der garantierten Angebotssumme kann es gem Pkt 6.3.3. der ÖNORM B 2110 nur dann kommen, wenn sich Änderungen aus der Sphäre des AG, wie etwa unzutreffende bodenkundliche Angaben, ergeben.

Gem Pkt 7.2.2. der ÖNORM B 2110 fallen zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten ergeben, in die Sphäre des AN. Der AN trägt somit das Risiko hinsichtlich der Vollständigkeit und Funktionsfähigkeit des Alternativangebots.

Dem (öffentlichen) AG bieten Alternativangebote die Möglichkeit, die Innovation von Bauunternehmen relativ risikofrei zu fördern. Mehrkosten, die ihren Ursprung im Alternativangebot haben, fallen in die Sphäre des AN. Dasselbe gilt für Mengenerhöhungen, sofern diese den garantierten Angebotspreis überschreiten. Der AG profitiert auch von Unterschreitungen des garantierten Preises.

Dies ist aber auch der Grund, warum Alternativangebote in der Praxis selten vorkommen. Der AN muss meist ein im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung günstigeres Alternativangebot legen, um im Vergabeverfahren erfolgreich zu sein. Er übernimmt darüber hinaus noch massive Risiken, die ihn bei normaler Angebotslegung nicht treffen würden. Es überrascht nicht, dass AN diese Möglichkeit daher nicht allzu oft in Anspruch nehmen und AG auch deshalb regelmäßig Alternativangebote nicht zulassen. Will man Alternativangebote fördern, ist ein Umdenken in Bezug auf die Risikoaufteilung erforderlich.

B. Alternative Vertragsmodelle

Die im angloamerikanischen Raum in der Vergabe und Abwicklung von Bauprojekten beliebten Partnerschaftsmodelle gewinnen auch in Österreich immer mehr an Bedeutung. Teilweise wird sogar das Ende von Mehrkostenforderungen und Streitigkeiten am Bau verkündet. Doch sind mit Partnerschaftsmodellen Mehrkostenforderungen Geschichte?

Zunächst ist festzuhalten, dass es „das“ alternative Vertragsmodell nicht gibt. In der internationalen Praxis sind vor allem Mehrparteienverträge in Erscheinung getreten, welche zwischen Bauherrn, Bauunternehmer und Planer(n) abgeschlossen werden. Beispiele sind hier etwa das australische Vertragsmodell

²³ Lang, ÖNORM B 2061-Preisermittlung für Bauleistungen, bauaktuell 2023, 14; Lechner, Strategischer Imperativ für Ausschreibung und Vergabe (Teil II), bauaktuell 2022, 258; Weber, Die neue ÖNORM B 2061, bauaktuell 2023, 6.

²⁴ Hofstadler, Vertiefte Angebotsprüfung – Einheitspreisvertrag (Teil I), ZVB 2017/58, 249.

²⁵ BVwG 30. 1. 2019, W138 2210940/10001 RPA 2019, 153 (Zleptnig); LVwG NÖ 26. 1. 2018, VG-15/002-2017 bbl 2018/112.

²⁶ Feuchtmüller in Heid Schiefer Rechtsanwältin/Preslmayr Rechtsanwältin (Hrsg), Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 1337 ff.

²⁷ Die Ausführungen gelten auch für die ÖNORM B 2118.

²⁸ Karasek, ÖNORM⁴ 6 Rz 123f; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1170 a Rz 11 (Stand 1. 8. 2020); Krejci/Böhler in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1170 a Rz 41 (Stand 1. 8. 2022); Paar/Heck, Alternativangebote, bauaktuell 2013, 210.

der Project Alliancing oder auch die englischen PPC2000- und FAC-1-Modelle.²⁹

1. Ein Blick nach Deutschland

Seit einigen Jahren gibt es auch in Deutschland mit der Integrativen Projektentwicklung (IPA) einen Mehrparteienvertrag. Das deutsche Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen hat 2022 einen Forschungsbericht³⁰ veröffentlicht, in welchem Mustervertragsbedingungen für ein IPA-Modell entwickelt wurden. Dieses setzt auf die frühzeitige Einbindung des Bauunternehmens, welche bestenfalls bereits vor der Festlegung der genauen Projektausgestaltung erfolgt. Der AG macht sich somit in einem frühzeitigen Stadium die Expertise des ausführenden Unternehmers zunutze und somit in einer Phase, in der das Unternehmen noch konkrete Einflussmöglichkeiten hat.

Durch die Einbindung von Bauunternehmen in der Planungsphase mittels Early-Contractor-Involvement kann deren Know-how frühzeitig vom AG genutzt werden.

Ziel ist es, mit mehreren Vergabeverfahren (Fach-)planer und Bauunternehmer/Bauunternehmen zu finden, die gemeinsam mit dem AG Vertragspartner des Mehrparteienvertrags werden. Das Bauunternehmen soll bereits in der Planungsphase unterstützen und sodann auch die Bauausführung übernehmen. Die Bauausführungsphase ist jedoch nur als Option ausgestaltet.

Da zum Zeitpunkt des Zuschlags der konkrete Umfang der Bauleistung nicht feststeht, können die Bieter noch keinen Gesamtpreis ermitteln. Um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, werden Preisbestandteile (Geschäftsgemeinkosten, Gewinn) bewertet, die bei einer späteren Bestimmung des Preises auf die Herstellungskosten aufgeschlagen werden.

Die Ermittlung des Gesamtpreises erfolgt zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich frühestens bei Vorliegen einer verlässlichen Planung, um auch gemeinsam die Zielkosten, die konkreten weiteren Planungsziele und die Termine zu bestimmen. Die Bauleistung kann der AG sodann als Option abrufen – muss dies aber nicht, falls uU der ermittelte Preis zu hoch ist.

Für österreichische Vergabeverfahren ist dieses Modell wohl nicht geeignet, weil regelmäßig das Bestimmtheitsfordernis an die Option nicht erfüllt sein wird und der endgültige Auftragswert der (optionalen) Bauleistung auch weit über dem Auftragswert der Planungsleistungen liegen wird. Nach hM darf der optionale Leistungsteil maximal den Umfang des definitiven Leistungsteils erreichen.³¹

In Österreich hat sich in den letzten Jahren vor allem der Allianzvertrag entwickelt, der bei öffentlichen Aufträgen – zumindest in der bisherigen Ausgestaltung – wohl auch aus diesen Gründen meist erst bei Vorliegen einer weitreichenden Planung, somit zu einem späteren Zeitpunkt, und nur zwischen AG und Bauunternehmen abgeschlossen wird.

2. Merkmale von Partnerschaftsmodellen

Unabhängig von der Ausgestaltung haben die meisten Partnerschaftsmodelle einige Merkmale gemein. Wesentlich sind vor allem der „best for the project“-Gedanke, der Abgang von den gesetzlichen und/oder in der ÖNORM B 2110 und ÖNORM B 2118 normierten Risikosphären, das Vergütungssystem sowie eine gemeinsame Organisationsstruktur.

Der AN ermittelt (uU gemeinsam mit dem AG) Zielkosten, welche die Herstellungskosten (Material, Lohn etc), indirekte Kosten (insb Geschäftsgemeinkosten, Gewinn) sowie gemeinsam definierte Risikogelder enthalten. Die Abrechnung erfolgt nach der Open-Book-Methode, bei der die Herstellungskosten vom AG nach tatsächlichem Aufwand vergütet werden. Dies bedeutet, dass sämtliche tatsächliche Kosten vom AN offengelegt und vom AG bezahlt werden. Die indirekten Kosten werden in Form eines (vom AN angebotenen) Zuschlagssatzes oder fixen Betrags vergütet. Hinzu kommt noch eine Bonus-Malus-Regelung für das (Nicht-)Erreichen der Zielkosten und diverser Erfolgskriterien.³²

Unterschreitet der AN die von ihm angebotenen Zielkosten, bekommt er einen Bonus, der sich anteilig an der Unterschreitung bemisst. Werden die angebotenen Zielkosten überschritten, wird ein anteiliger Malus schlagend.

Mit dem Vergütungssystem eng zusammenhängend ist die Risikozuteilung. Die werkvertraglichen Risikosphären (sowohl nach ABGB als auch ÖNormen), die zwischen Umständen unterscheiden, die in die Sphäre des AG oder des AN fallen, werden in drei Sphären aufgeteilt, wobei die genaue Zuteilung vom jeweiligen Vertrag abhängt. Regelmäßig fällt aber der Großteil der Risiken in eine gemeinsame Sphäre, so etwa das Vollständigkeitsrisiko, das Baugrundrisiko, das Planungsrisiko oder auch Subunternehmerrisiken. In die Sphäre des AN fallen regelmäßig Gewährleistungsarbeiten und Kalkulationsrisiken betreffend die indirekten Kosten. Risiken, die der Sphäre des AG zugerechnet werden, sind etwa Leistungsänderungen, also vom AG angeordnete Änderungen des Leistungsumfangs. Lediglich Letztere, also Risiken aus der Sphäre des AG, führen zu einer Anpassung/Erhöhung der Zielkosten.

Hier ist jedoch zu erwähnen, dass bereits bei Angebotsabgabe gemeinsame Risiken, wie etwa Baugrundrisiken, vom AG und AN definiert, bewertet und auf die geschätzten Herstellungskosten aufgeschlagen werden. Diese Risikogelder dienen als Puffer für die Verwirklichung von Umständen, die der gemeinsamen Risikosphäre zuzurechnen sind.³³

Bei Partnerschaftsmodellen ist die Geltendmachung von Mehrkostenforderungen eingeschränkt, da das gesamte System solche durch die gemeinsamen Risikosphären verhindern will. Dies bedeutet aber nicht unbedingt, dass mit geringeren Kosten für den AG zu rechnen ist, weil dieser ja die Herstellungskosten nach Open-Book durchgängig vergütet. Bei Überschreitung der Zielkosten reduzieren sich in der Regel nur die indirekten Kosten des AN. Wie oben beschrieben, führen Leistungsänderungen und Risiken aus der Sphäre des AG zudem zu einer Anpassung der Zielkosten und somit zu „Mehrkosten“.

Partnerschaftsmodelle sind jedenfalls eine Alternative zu den klassischen Bauverträgen. Aufgrund der Dauer des Vergabeverfahrens und der intensiven Einbindung des AG in der Projektausführung sowie der Open-Books Abrechnung sind diese Mo-

²⁹ Paar/Deutschmann/Gschösser/Heck, Anwendungspotenzial von kooperativen Mehrparteienverträgen in der österreichischen Bauwirtschaft, bauaktuell 2021, 27 (28).

³⁰ BMWBS, Endbericht – Mustervertragsbedingungen für Mehrparteienverträge im öffentlichen Bauwesen bei Integrierter Projektentwicklung (2022), www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/forschung/programme/zb/Auftragsforschung/3Rahmenbedingungen/2021/mustervertragsbedingungen/01-start.html (abgerufen am 22. 11. 2023).

³¹ Heid in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte, Vergaberecht⁴ Rz 472.

³² Schröder, Allianzverträge, bauaktuell 2022, 7; Paar/Deutschmann/Gschösser/Heck, bauaktuell 2021, 31.

³³ Paar/Deutschmann/Gschösser/Heck, bauaktuell 2021, 32.

delle allerdings nur bei komplexen und größeren Bauvorhaben anzudenken. Eine vollständige Vermeidung von Mehrkosten ist jedoch auch mit solchen Modellen nicht möglich.

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

Kontaktadresse: Schiefer Rechtsanwälte, Rooseveltplatz 4–5/5, 1090 Wien
Tel: +43 (1) 4026828
E-Mail: office@schiefer.at

BUCHTIPP

Karasek, ÖNORM B 2110⁴ (2023)

shop.manz.at

