

Mehrkostenforderungen/Claim Management bei der Abwicklung von Bauvorhaben der öffentlichen Hand

Einleitung

Ein in den letzten Jahren vom RH feststellbares Angebotsverhalten der Bauwirtschaft bestand darin, zur Erlangung von Bauaufträgen in der Regel im Wege von Bietergemeinschaften jeweils eine Vielzahl von Alternativen mit breit aufgefächerten Angebotspreisen anzubieten. Das führte in den Fällen – in denen qualifizierte Zuschlagskriterien fehlten – zur Vergabe an den Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis. Die Auftragnehmer entwickelten im Verlauf der Bauabwicklung auf verschiedenen Ebenen Methoden zur Verbesserung des jeweiligen Angebotspreises.

Die Abwehr von Auseinandersetzungen mit Forderungen der Auftragnehmer zur Erzielung eines „Kosten deckenden“ Abrechnungspreises verursacht durchwegs einen massiven Mehraufwand in personeller und finanzieller Hinsicht für die öffentlichen Auftraggeber.

In den Ergebnissen der Gebarungüberprüfungen der letzten Jahre, z.B. ASFINAG: Plabutschunnel–Weströhre, Landeskrankenhaus Graz West, HL–AG: Umfahrung Melk sowie Knoten Wagram, Burghauptmannschaft Österreich: Albertina, Stadt Feldkirch: Kraftwerk Hochwuhr etc. *, zeigte der RH sowohl im Hochbau– wie auch im Tiefbaubereich (Tunnel–, Strassen–, Bahn– und Brückenbau) und im Kraftwerksbau wiederholt ähnliche bis nahezu idente Problem– und Fehlerfelder auf.

- * – ASFINAG: Plabutschunnel–Weströhre: Reihe Bund 2002/1 S. 151 f.
- Landeskrankenhaus Graz West: Reihe Bund 2004/2 S. 79 f. bzw. Steiermark 2004/7 S. 25 f.
- HL–AG: Umfahrung Melk und Knoten Wagram: Reihe Bund 2006/2 S. 3 f.
- Burghauptmannschaft Österreich: Erweiterung und Sanierung der Albertina: Reihe Bund 2005/13 S. 191 f.
- Stadt Feldkirch: Kraftwerk Hochwuhr: Reihe Vorarlberg 2004/8

Diese reichen von Abrechnungsmängeln (z.B. Fehl– oder Doppelrechnungen und Abrechnung von nicht erbrachten Leistungen) bis zur Geltendmachung von überhöhten Mehrkosten aufgrund von Leistungsänderungen oder aufgrund von nicht oder nur teilweise vorhandenen Erschwernissen bei der Bauabwicklung.

Nachfolgend werden, gestützt auf die langjährige Prüfungserfahrung des RH, einzelne Problembereiche näher beleuchtet.

Claim Management

Das eingangs dargestellte Szenario kann zum überwiegenden Teil auf die in den letzten Jahren nunmehr auch in Österreich von den Auftragnehmern nachweislich praktizierten Methoden eines systematischen Claim Managements zurückgeführt werden. In der einschlägigen Literatur werden die Zielsetzungen dieser Vorgangsweise folgendermaßen beschrieben:

„Das Claim Management hat zum Ziel, Abweichungen vom vertraglich Vereinbarten zu erkennen und Ansprüche daraus geltend zu machen und durchzusetzen.“¹⁾

¹⁾ Oberndorfer: Claim Management und alternative Streitbeilegung im Bau- und Anlagenvertrag, Teil 1 S. 20, Schriftenreihe Baubetrieb und Bauwirtschaft Band 2, Manz 2003

Dabei geht es „weder um Geschenke des Bauherrn an den Unternehmer noch um Gratis-Bauleistungen des Unternehmers an den Bauherrn, sondern schlicht und einfach um die Maximierung der Vergütung bei einem gegebenen Bauvertrag und einer Differenz zwischen dem Bau-Ist und dem Bau-Soll.“²⁾

²⁾ ebenda, S. 24

Ausgangslage

Die derzeit herrschende Praxis zeigt, dass Auftragnehmer mit großem Ressourcenaufwand auf der Baustelle, unterstützt durch Stabsstellen im Unternehmen und durch externe Gutachter, das Claim Management forcieren.

Ziel dieser Aktivitäten ist es, anhand von Niedrigstpreisangeboten („Unterpreispolitik“) zunächst den Auftrag zu erhalten und gleichzeitig alles daran zu setzen, allfällige Ausschreibungsmängel aus der Angebotsphase zu benutzen, um die in der Regel knapp kalkulierte Angebots- bzw. Auftragssumme später während der Bauausführung im Wege von umfangreichen und komplex aufgebauten Mehrkostenforderungen zu verbessern.

Die Grundlage hierfür stellen von den Auftragnehmern, erstmalig bereits im Angebotsstadium vorgenommene Schwachstellenanalysen der Bereiche Bauvertrag, Ausschreibung (Leistungsverzeichnis) sowie Ausführung dar.

Für den öffentlichen Auftraggeber resultiert aus dieser Praxis ein hohes Gefahrenpotenzial, weil einerseits diese Aktivitäten der Auftragnehmer in der Mehrzahl der Fälle überproportional hohe Auswirkungen auf die Kostenentwicklung haben. Andererseits lösen die jeweils mit Nachdruck – Unterstützung durch Gutachter und durch Rechtsberater – erhobenen Mehrkostenforderungen Streitfragen und Probleme aus, die sich auf den Bauablauf nachteilig auswirken.

Es ist bezeichnend für diese Vorgangsweise (der Auftragnehmer), dass nahezu jede Abweichung von der vertragsgegenständlichen Leistung (Bau-Soll) zum Anlass für die Herleitung von Mehrkostenforderungen genommen wird. Bei der Herleitung der Mehrkosten konnte vom RH wiederholt festgestellt werden, dass dabei nicht nur die Grundlagen der Urkalkulation keine oder nur ungenügende Berücksichtigung fanden, sondern auch Leistungsminderungen in Ansatz gebracht wurden, die mit dem tatsächlichen Bauablauf nicht in Übereinstimmung gebracht werden konnten.

„Dies ist der Grund, warum (nach Meinung des vorzitierten Autors) im Durchschnitt nur etwa 30 % einer Mehrkostenforderung letztlich berechtigt sind.“*

* ebenda, S. 46

Für jene Mehrkostenforderungen, die sich auf vom Bauablauf abweichende und nicht nachvollziehbare Begründungen stützen, eröffnet sich aus der Sicht des RH verstärkt die Thematik der Prüfung einer allfälligen strafrechtlichen Relevanz dieser Vorgangsweise. Als Beispiele können hiezu insbesondere die bewusste Veränderung von Gutachtensinhalten, die Geltendmachung von nicht im behaupteten Umfang gegebenen Arbeiterschwernissen und das fiktive Herleiten von Forcierungsmaßnahmen genannt werden.

Handlungsbedarf

Für den öffentlichen Auftraggeber ergibt sich aus dieser, innerhalb der letzten Jahre vermehrt feststellbaren Vorgangsweise der Auftragnehmer bei der Abwicklung von Bauvorhaben zwingend die Notwendigkeit zur Gegensteuerung.

Der RH empfiehlt das rasche Setzen von personellen und organisatorischen Maßnahmen zum professionellen Betreiben der Anti-Claiming-Strategien durch die öffentlichen Auftraggeber.

Handlungsbedarf

Im Personalbereich

(1) In den Teilbereichen Baurecht, Bauwirtschaft sowie im Kernbereich Projektabwicklung, Projektsteuerung müsste entsprechend qualifiziertes eigenes Personal zur aktiven eigenen Wahrnehmung von Anti-Claiming-Maßnahmen vorgehalten werden. Die organisatorische Einbindung dieses Fachpersonals sollte so erfolgen, dass sowohl die Unterstützung des jeweiligen Projekts als auch die projektübergreifende Sammlung und Weitergabe der (Bau-)Erfahrung innerhalb des Unternehmens sichergestellt ist.

(2) Einsetzen von entsprechend qualifiziertem Personal für die Wahrnehmung der auftraggeberseitigen Kontrollaufgaben gegenüber den beauftragten Dritten (Planer, Projektsteuerung, Sondersachverständige, Örtliche Bauaufsicht).

(3) Bei der Ausschreibung, Vergabe und der Beauftragung von Bauaufsichts- bzw. Bauüberwachungsleistungen ist zu beachten, dass die geforderte Qualifikation des Auftragnehmers auch bei der Umsetzung des Vertrages vor Ort in ausreichendem Umfang (qualitativ und quantitativ) im Sinne der ordnungsgemäßen Wahrung der Bauherrninteressen gewährleistet ist.

Im Bereich Planung und Ausschreibung

(4) Maßnahmen zur Verbesserung der Planungsqualität (Genauigkeit der Planunterlagen, Leistungsbeschreibungen und der Mengenermittlung, ausreichende Erkundung und Berücksichtigung der Baugrundverhältnisse) wären zu treffen. Dabei kommt insbesondere bei längeren Projektrealisierungszeiträumen der Aktualisierung der Planung (Stand der Technik, aktuelle Rechtslage, etc.) hohe Bedeutung zu, um Planänderungen während der Ausführung möglichst zu vermeiden.

(5) Der Bereinigung der Vertragsunterlagen von Widersprüchen innerhalb des Gesamtkonvoluts einer Ausschreibung (allgemeine rechtliche Bedingungen, allgemeine Beschreibung der Leistungen, eigene Positionen in Verbindung mit Standard-Leistungsbeschreibungs-Positionen) kommt ein sehr hoher Stellenwert zu.

(6) Im Rahmen des Bauvertrages sollten den Bietern unkalkulierbare Risiken nicht überbunden werden.

(7) Die Bieter sollten zur rechtzeitigen Vorlage der Detailkalkulation(en) und der Bauzeitpläne verpflichtet werden.

(8) Zur Beilegung von Streitigkeiten bei der Bauabwicklung ist bereits im Vertrag ein Verfahren vorzusehen.

Im Bereich Angebotsprüfung und Vergabe

(9) Es erscheint unabdingbar, dass die Angebote im Hinblick auf die Bewertung des jeweiligen Spekulationspotenzials sowohl im Bereich der überaus hohen als auch der überaus niedrigen Positionspreise und unter Berücksichtigung des jeweils vorgelegten Bauzeitplanes im Verhältnis zu Mitbewerbern verstärkt analysiert werden.

(10) Im Rahmen der Aufklärungsgespräche wären die Bieter rechtzeitig über die Konsequenzen im Zusammenhang mit der Nichtausübung ihrer Warnpflicht bei Mängeln in der Leistungsbeschreibung aufzuklären.

(11) Eine sorgfältige Führung der Aufklärungsgespräche, insbesondere im Hinblick auf die Bewertung des Spekulationspotenzials und das Setzen von Maßnahmen zur Beschränkung dieser Spekulationen auf den Umfang der ausgeschriebenen Mengen, ist bei Erkennen von spekulativer Preisbildung unabdingbar.

(12) Die Analyse der Alternativangebote sollte insbesondere die Aspekte der Vollständigkeit des Leistungsumfanges, des Umfangs einer Übernahme von Risiken durch den künftigen Auftragnehmer und der Festlegung des Umfangs der von seiner Mengengarantie umfassten Leistung des Alternativangebotes behandeln.

Im Bereich der Bauabwicklung

(13) Im Rahmen der Analyse und Dokumentation (Beweissicherung) der tatsächlichen Bauabwicklung durch die Vertragsparteien wäre die Einhaltung des Bau-Solls zu überwachen. Vom Auftragnehmer nachträglich vorgeschlagene Abweichungen von den Ausschreibungsvorgaben sollten vom Auftraggeber jedenfalls unter dem Aspekt der Gleichbehandlung aller Bieter und im Hinblick auf einen daraus resultierenden wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber beurteilt werden.

(14) Die umgehende Offenlegung der Ansprüche des Auftragnehmers im Zusammenhang mit Leistungsänderungen bzw. Leistungsstörungen und deren zeitnahe Behandlung durch den Auftraggeber (vgl. ÖNORM B 2118) sind zu gewährleisten.

(15) Abweichungen vom Bau-Soll sind, unter Berücksichtigung der Urkalkulation des Bauvertrages und des tatsächlichen Bauablaufes, auf ihre Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit zu überprüfen.

Handlungsbedarf

(16) Die vom Auftragnehmer hierzu vorgelegten Gutachten sind im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit dem Bauablauf, die tatsächlichen Erschwernisse und Behinderungen und unter Berücksichtigung des Bauvertrages zu analysieren.

(17) Bei der Auswahl von Gutachtern und Sachverständigen durch den Auftraggeber wäre auf eine allenfalls gegebene Interessenkollision und damit zusammenhängende Befangenheit zu achten. In diesem Zusammenhang erachtet der RH eine von den oben genannten Personen abverlangte entsprechende Selbstdeklaration als zweckmäßig.