

Die vergaberechtliche Kalkulierbarkeit von Bauleistungen¹

A. Begriff „Kalkulierbarkeit“

Im BVergG 2006 wird der Begriff der Kalkulierbarkeit nicht gesondert definiert. Das Gesetz legt allerdings fest, dass

- die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten sind, dass die **Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt** ist und die **Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken von den Bietern ermittelt werden können**;
- in diesen Ausschreibungsunterlagen **alle Umstände** anzuführen sind, **die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind, und dass Beschreibung der Leistung so eindeutig, vollständig und neutral zu erfolgen hat, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist.**

B. Grenzen der Kalkulierbarkeit

Die Frage, ob eine Leistung kalkulierbar ist oder nicht, ist im Wesentlichen eine der Risikobewertung, wie sich auch schon aus dem Gesetzeswortlaut des BVergG ergibt.

Die Kosten, die ein bestimmtes Risiko auslösen kann, können – insbesondere bei jenen Risiken, deren Kosten nicht durch Nachfrage beim Lieferanten oder Subunternehmer, oder einfache rechnerische Ermittlung aus den eigenen Personal-, Geräte- und sonstigen Ressourcenkosten festgestellt werden können – durch eine Wahrscheinlichkeitsrechnung abgeschätzt werden, bei der einerseits die geschätzten Kosten im Falle des Risikoeintritts angesetzt werden, andererseits die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts.

Das Problem bei dieser Berechnung ist, dass viele Risiken nicht nur im Sinne eines „Ja/Nein“ entweder voll oder gar nicht eintreten können, sondern sehr unterschiedliche Eintrittsszenarien bestehen. Außerdem ist auch die Ermittlung oder Abschätzung von möglichen „worst case“-Szenarien und Wahrscheinlichkeiten ein äußerst individueller, kaum objektivierbarer Vorgang. Schließlich ist diese Risikountersuchung oftmals sehr aufwändig, und wird daher schon aus dem Grunde der Zeitknappheit die Erstellung des Angebotes in vielen Fällen unkalkulierbar machen.

Die Einschätzung eines Risikos und eines entsprechenden „Risikozuschlages“ zum Preis ist also höchst subjektiv. Subjektive Elemente müssen aber unberücksichtigt bleiben, denn die Beantwortung der Frage, ob ein Risiko unkalkulierbar ist, ist ausschließlich an objektiven Kriterien zu messen.

Um zu verhindern, dass jeder Bieter von etwas Anderem ausgehen und etwas Anderes kalkulieren würde, muss der Auftraggeber, wie das Gesetz auch vorschreibt, alle für die Erstellung des Angebotes bedeutsamen Umstände – in zeitlicher, örtlicher und sonstiger Hinsicht – anführen (beschreiben), und zwar so präzise, dass sie objektiv eine für alle Bieter gleiche Basis für die Angebotserstellung bieten.

¹ Ausführlicher zu diesem Thema siehe: Kurz, „Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz“, ZVB 2008/86 (Teil 1) und 2009/3 (Teil 2)

Das bedeutet nicht, dass alle Bieter zum gleichen Risikozuschlag kommen müssen. Das Ziel der Kalkulierbarkeit von Leistungen sind nicht gleiche Risikozuschläge, sondern eine gleiche Basis für die Kalkulation dieser Zuschläge; oder allgemeiner gesagt: Es geht um die Einheitlichkeit der Preisbasis, nicht der Preise.

Um ein einfaches Beispiel zu nennen: Wenn die Ausschreibung vorschreibt, dass Stehzeiten unbeschränkt, oder bis zu einem bestimmten Ausmaß (zB 28 Tage) einzukalkulieren sind, dann wird jeder Bieter – je nach seiner Einschätzung, seinen Erfahrungswerten und seiner Risikobereitschaft – von anderen Werten ausgehen, und daher eine andere Anzahl von Stehtagen in seine Risikobewertung einrechnen. Daher wäre eine solche Ausschreibungsbestimmung nicht kalkulierbar iSd BVergG, weil die Angebote inhaltlich Verschiedenes enthalten würden und insoweit nicht vergleichbar wären. Wenn die Ausschreibung aber zB vorschreibt, dass jeder Bieter 15 Stehtage einzukalkulieren hat, dann ist die Basis die gleiche, und die Angebote werden vergleichbar iSd Gesetzes sein; selbstverständlich werden deshalb aber nicht die Preise gleich sein, weil jeder Bieter einen anderen Einheitspreis pro Stehtag (ebenso wie pro m³ Beton, pro m² Schalung, pro to Asphaltmischgut, ...) kalkulieren wird.

Sollte der Auftraggeber nicht alle bedeutsamen Umstände eindeutig und vollständig beschreiben können, so hat er

- durch geeignete (uU gesondert ausgeschriebene) Vorarbeiten, Untersuchungen und Erkundungen diese Umstände festzustellen, bevor er Angebote abfragt;
- oder eine für die Erstellung der Angebote eindeutige Ausgangsbasis in der Ausschreibung festzulegen.

Am Beispiel der Baugrundverhältnisse: Der Auftraggeber kann entweder eine vorab durchgeführte Baugrunduntersuchung zu Grunde legen, oder er kann in der Ausschreibung bestimmte Baugrundverhältnisse annehmen, von denen der Bieter auszugehen hat. Die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten steht dem Auftraggeber grundsätzlich frei, denn es ist seine Entscheidung, ob ihm die durch Weglassen der Baugrunduntersuchung erzielte Ersparnis das höhere Risiko nachträglicher Mehrkosten durch falsch getroffene Annahmen wert ist.

Eindeutig ist, dass der Auftraggeber keine unendliche Genauigkeit bei der Leistungsbeschreibung erfüllen kann; es kann nicht zB für jeden Millimeter einer bestimmten Materialstärke eine eigene Position vorgesehen werden, ebenso, wie bei der Arbeitszeit nicht sekundengenau abgerechnet werden kann. Zulässig ist es daher, die mit dem Bauen zwingend verbundenen „Unschärfen“ in der Ausschreibung abzubilden, nicht aber, sie zu erhöhen. Bei einer korrekten Ausschreibung korrespondieren zB die Kategorien der Kanalrohrdurchmesser mit jenen, wie sie am Markt (von Lieferanten) bezogen werden können. Genau das meint auch § 97 Abs 3 Z 1 BVergG mit der Anordnung, dass die Leistungen in Positionen „gleicher Art und Preisbildung“ zusammengefasst werden müssen. Wenn diese Genauigkeit der Beschreibung dem Auftraggeber trotz Beiziehung von Fachleuten nicht möglich ist, bleiben immer noch die Möglichkeiten, entweder bestimmte Annahmen in der Ausschreibung zu treffen, oder zu Regiepreisen auszuschreiben.

Bei einer Ausschreibung im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren muss die Zusammenfassung von Positionen, für die jeweils nur gemeinsam der gleiche

Aufschlag oder Nachlass angeboten werden darf, den obigen Anforderungen genügen; es dürfen also nur Positionen zusammengefasst werden, die Leistungen gleicher Art und Preisbildung beinhalten, und es sind Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, von jenen zu trennen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten bewirken, etc.

Der Auftraggeber muss nicht alle kostenbeeinflussenden „Umstände“ unternehmerischen Handelns eines Werkunternehmers beschreiben, denn das BVergG will den Bietern nicht jegliches unternehmerische Risiko abnehmen. Bei den Bietern verbleiben jene Umstände der Leistungen, die – in den zulässigen Grenzen des BVergG – in der freien Disposition der Bieter liegen. Beispiele dafür sind die Auswahl des eigenen Personals, der eigenen Geräte, Subunternehmer und Lieferanten, oder die Abweichung eines Alternativ- oder Abänderungsangebotes von der Ausschreibung, oder der freigegebene Weg zum Ziel bei der funktionalen Leistungsbeschreibung. Wenn der Auftraggeber diese freie Disposition (soweit überhaupt zulässig) einschränkt, dann hat er insoweit auch das Risiko zu übernehmen (also zB das Risiko, dass der von ihm für bestimmtes Material vorgegebene Abbauort durch Zufall unbenütztbar wird).

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass die „Versicherbarkeit“ eines Risikos nicht seine Kalkulierbarkeit bedeutet, denn die Abdeckung von Risiken durch Versicherung statt Eigenkalkulation würde bedeuten, dass der Bieter diesbezüglich keine Bauleistung erbringt, sondern in Wahrheit eine Dienstleistung. Die Erbringung von (Versicherungs-)Dienstleistungen ist aber weder Gegenstand eines Bauauftrages, noch liegt dies grundsätzlich in der gewerberechtlichen Befugnis eines Baumeisters.

C. Kalkulierbarkeit einiger bauvertragstypischer Risiken

1. unvollständige Leistungsbeschreibung

Das Risiko einer unvollständigen Beschreibung der „eigentlichen“ Bauleistung – das ist bei konstruktiver Leistungsbeschreibung das Fehlen von Leistungspositionen oder Mengenangaben, bei funktionaler Leistungsbeschreibung das Fehlen von Leistungszielangaben – ist nie „kalkulierbar“ im Sinne des BVergG, denn wenn die Bieter nicht wissen, welche Leistung angeboten werden soll, können sie sie auch nicht in vergleichbarer Weise kalkulieren.

Dies gilt ebenso für eine gesteigerte vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht der Bieter, was ja die Zuordnung genau des selben Risikos – nur mit anderen rechtlichen Mitteln – auf die Bieter darstellt.

2. Falsche Mengenangaben

Falsche Mengenangaben können – da es bei richtigen Mengen ein anderes Wettbewerbsergebnis geben könnte – den Wettbewerb verfälschen und daher gegen das BVergG verstoßen; sie führen aber nicht zur Unkalkulierbarkeit der Leistung, denn auch falsche Mengen können grundsätzlich richtig, und zwar von allen Bietern in gleicher Weise, kalkuliert werden.

3. Baugrundrisiko

Die Beschreibung des Baugrundes (iwS, also auch Kontaminationen, Einbauten, Funde, Fliegerbomben etc.) ist notwendig, damit kalkulierbare und vergleichbare Angebote iSd BVergG erzielt werden.

4. Behinderungen, Leistungsstörungen

Störungen des Bauablaufes können naturgemäß nicht vollständig in der Ausschreibung beschrieben werden, weil ihre Ursachen und Auswirkungen zu vielfältig sind. Daher ist die Zuordnung dieses Risikos auf die Bieterseite nicht zulässig, weil die Angebote dann nicht vergleichbar wären.

5. Festpreise

Festpreise für Preisbestandteile, deren Kosten sich im Zeitablauf verändern können, sind nie ein eindeutig berechenbares Risiko, und daher grundsätzlich unkalkulierbar. Allerdings legt § 24 Abs 7 BVergG ausdrücklich fest, dass eine Festpreisbindung bis zu zwölf Monaten uU zulässig ist.

6. Pönale

Pönalen (Vertragsstrafen), die verschuldensabhängig sind, sind – so wie Schadenersatzpflichten allgemein – grundsätzlich zulässig; denn eine Haftung für verschuldete Schäden kann nicht unkalkulierbar sein, soweit die Leistungen, für deren vertragsgemäße Erbringung gehaftet wird, selbst kalkulierbar sind, und auch die sonstigen Umstände (insbesondere die Fertigstellungsfrist) entsprechend bekannt und angemessen, und daher die Pönalen eindeutig berechenbar sind.

7. Gewährleistung

Gewährleistung wird zwar im Unterschied zum Schadenersatz verschuldensunabhängig geschuldet, ist aber ausdrücklich im BVergG genannt und daher grundsätzlich zulässig. Unkalkulierbar wären aber besondere Risiken, etwa

- die Gewährleistung für derart neuartige oder besonders komplexe Bauleistungen, dass es für die mangelfreie Ausführung innerhalb der vorgegebenen Bauzeit kaum oder keine Erfahrungswerte gibt;
- eine (gegenüber der zivilrechtlichen) verlängerte Gewährleistungsfrist, sodass wiederum keine ausreichenden Erfahrungswerte bestehen;
- das Erfordernis der völligen Mangelfreiheit bei Übernahme des Bauwerks, weil dies bei einem auch nur halbwegs komplexen Bauwerk innerhalb der üblichen, für die Fertigstellung ohne wesentliche Mängel gerade ausreichenden Fertigstellungsfristen nicht möglich ist.

D. Zusammenfassung

- Die Vergleichbarkeit von Angeboten ist dann gegeben, wenn inhaltlich Gleiches angeboten wird. Inhaltlich Gleiches wird dann angeboten, wenn die anzubietende Leistung durch die Ausschreibung so eindeutig und vollständig – durch Angabe aller für die Angebotserstellung bedeutsamen Umstände – beschrieben wird, dass alle ordnungsgemäßen Angebote vom Gleichen ausgehen. **Kalkulierbarkeit** bedeutet die eindeutige und vollständige Beschreibung dieser Umstände.
- Ein Risiko ist dann **unkalkulierbar**, und die Angebote sind in der Folge nicht vergleichbar, wenn die für die Angebotserstellung bedeutsamen Umstände nicht so eindeutig und vollständig beschrieben sind, dass
 - sowohl die Kostenfolgen
 - als auch die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts von allen Bietern
 - in gleicher Weise,
 - eindeutig, und

- innerhalb der zur Verfügung stehenden Angebotsfrist berechnet werden können, sondern ganz oder zum Teil durch eigene Annahmen der Bieter ersetzt werden müssen.
- Sollte der Auftraggeber nicht alle Umstände eindeutig und vollständig **beschreiben** können, die für die Erstellung eines Angebotes von Bedeutung sind, so hat er
 - entweder zuerst diese Umstände festzustellen, bevor er Angebote abfragt,
 - oder eine für die Erstellung der Angebote eindeutige Ausgangsbasis (Annahme) in der Ausschreibung festzulegen.
- **Ausnahmen** von der unbedingten Pflicht zur Beschreibung aller Umstände:
 - Die Leistungsbeschreibung darf die den ausgeschriebenen Bauleistungen immanenten Unschärfen abbilden, sie aber nicht erhöhen.
 - Risiken, deren Übernahme durch die Bieter ungeachtet ihrer Kalkulierbarkeit ausdrücklich durch speziellere gesetzliche Regelung erlaubt ist, dürfen insoweit den Bietern zugeordnet werden.
- Die **Versicherbarkeit** eines Risikos bedeutet nicht seine Kalkulierbarkeit.
- Bei Verwendung des **Preisauflags- und Preisnachlassverfahrens** haben die jeweils durch Zusammenfassung entstehenden Positions-Gruppen den gesetzlichen Anforderungen für „Positionen“ zu genügen, um die Kalkulierbarkeit zu gewährleisten.

Thomas Kurz, Rechtsabteilung Porr