

**Vorschlag der Europäischen Kommission
für eine Verordnung zur Schaffung der Fazilität „Connecting Europe“
Position und Vorschläge der VIBÖ**

1. Problemstellung

Im Herbst 2011 hat die Europäische Kommission die Investitionsinitiative „Connecting Europe Facility“¹ vorgestellt. Die Initiative umfasst ein Gesamtvolumen von 50 Mrd. € zur Erweiterung und Verbesserung der Verkehrs-, Energie- und digitalen Netze Europas.

Mehr als 30 Mrd. € sollen in den Lückenschluss und die Modernisierung der europäischen Verkehrsinfrastruktur investiert werden, weitere 20 Mrd. € sind zu etwa gleichen Teilen für die Förderung des Netzausbaus in den Bereichen Energie und Telekom/IKT vorgesehen. Einen Schwerpunkt bildet dabei der Netzausbau zu und in den neuen (osteuropäischen) Mitgliedsstaaten. U.a. sind beispielsweise 10 Mrd. € ausschließlich für Verkehrsprojekte in den sog. Kohäsionsländern reserviert.

Dem entsprechend sind die europäischen Investitionsprogramme für die in Osteuropa tätigen österreichischen Bauindustriunternehmen von besonderem Interesse.

In einigen osteuropäischen Mitgliedsstaaten werden jedoch bei EU-finanzierten Ausschreibungen seitens der nationalen Vergabestellen unausgewogene Vertragsbedingungen vorgeschrieben, die nicht den internationalen Standards für einen fairen Bauvertrag entsprechen. Dies hat zur Folge, dass österreichische (und auch andere westeuropäische) Bauunternehmen beginnen, sich wieder teilweise oder auch gänzlich aus den entsprechenden Märkten zurückzuziehen.

Die europäischen Bauverbände FIEC und EIC haben bereits mehrfach auf diese problematische Vergabepaxis aufmerksam gemacht und die zuständigen EU-Kommissare für Regionalpolitik und Binnenmarkt um Unterstützung ersucht. Die EU-Kommission sieht jedoch - trotz zahlreicher Beschwerden - keine Zuständigkeit für eine Untersuchung der angeblichen Defizite, da die Frage des Vorliegens ausgewogener Vertragsbedingungen nicht durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht geregelt sei. Darüber hinaus betont die Kommission, dass nach den bislang festgelegten Grundsätzen die Ausschreibungen in den Mitgliedstaaten der ausschließlichen Zuständigkeit der lokalen öffentlichen Verwaltungen unterliegen.

¹ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Schaffung der Fazilität „Connecting Europe“ COM(2011)665 final vom 19.10.2011
Link zur aktuellen Version vom 13.3.2012 (deutsch):
http://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXIV/EU/07/59/EU_75980/imfname_10022481.pdf

2. Unsachliche Risikoüberwälzung durch unausgewogene Vertragsbedingungen

Bei der Erbringung von Bauleistungen außerhalb ihrer Heimatmärkte sind die international tätigen österreichischen Bauunternehmen auf das Vorhandensein fairer und ausgewogener Vertragsbedingungen vor Ort (als Basis für eine professionelle Beziehung zum lokalen Auftraggeber und zu den lokalen Behörden sowie für die korrekte Projektdurchführung) angewiesen.

Anerkannte nationale Musterbauverträge, wie z.B. die ÖNORM B 2110 in Österreich, die VOB/B in Deutschland, die CCAG in Frankreich und Belgien, die ICE-Bedingungen in Großbritannien, das DPR 207/2010 in Italien, die UAV 1989 und 2012 in den Niederlanden oder die AB 92 und ABT 93 in Dänemark übertragen daher die verschiedenen Projektrisiken derjenigen Vertragspartei, die sie am besten bewältigen kann.

Im Bereich der internationalen Bauprojekte gelten die seit 1957 von der Internationalen Vereinigung der Beratenden Ingenieure (FIDIC) herausgegebenen Standardverträge - insbesondere das FIDIC 1999 „*Red Book*“ (Muster-Vertragsbedingungen für Bauarbeiten) und das FIDIC 1999 „*Yellow Book*“ (Muster-Vertragsbedingungen für Anlagenbau und schlüsselfertige Bauarbeiten) - als faire Musterbauverträge, welche die Risiken ausgewogen zwischen den Bauvertragsparteien verteilen. Diese beiden FIDIC-Standardverträge wurden vor mehr als einem Jahrzehnt auch in den mittel- und osteuropäischen Ländern eingeführt, als diese Länder die ersten finanziellen Mittel von der Europäischen Union im Rahmen der Programme ISPA und PHARE erhielten.

Im Gegensatz dazu widerspricht das ausschließlich für Totalunternehmerverträge vorgesehene FIDIC „*Silver Book*“ („EPC Turnkey Projects“) idR der Vertragsphilosophie einer ausgewogenen Risikoverteilung. Die FIDIC selbst empfiehlt die Anwendung dieses Vertragsmusters nur im Rahmen von privatwirtschaftlich finanzierten Infrastrukturprojekten (Projektfinanzierungen) bzw. für solche Projekte, bei denen das Bauunternehmen einen größeren Gestaltungsspielraum bei der Ausführung und in weiterer Folge ein breiteres Spektrum von Risiken übernehmen soll. In diesem Kontext betont die FIDIC allerdings, dass seriöse Bauunternehmer die höheren Risiken entsprechend einpreisen und somit höhere Baukosten zu erwarten sind. Dementsprechend wird in der Einleitung zum FIDIC „*Silver Book*“ ausgeführt, dass die dort beschriebenen Vertragsbedingungen nicht geeignet sind:

- wenn dem Bieter nicht ausreichend Zeit und Informationen zur Verfügung stehen, um die Vorgaben des Auftraggebers eingehend zu prüfen sowie eigene Entwürfe, Risikostudien und Schätzungen durchzuführen;
- wenn die Bauarbeiten umfangreiche Arbeiten im Tiefbau oder in anderen Bereichen beinhalten, die der Bauunternehmer nicht zuvor inspizieren kann;
- wenn die Höhe jeder einzelnen Zwischenzahlung von einer offiziellen Stelle oder einer zwischengeschalteten Instanz zu genehmigen ist.

Darüber hinaus hat die FIDIC auch mehrfach öffentlich erklärt, dass die Bedingungen ihres „*Silver Books*“ nicht für öffentliche Ausschreibungen vorgesehen sind.

Gleichwohl beobachten wir eine wachsende Tendenz unter den Vergabebehörden in den EU-Mitgliedstaaten Mittel- und Osteuropas, die Allgemeinen Vertragsbedingungen der FIDIC

„Red und Yellow Books“ durch Besondere Vertragsbedingungen auf Basis des FIDIC „Silver Books“ abzuwandeln und dadurch die Risikoverteilung im Rahmen von öffentlichen Bauprojekten, die durch den Europäischen Fonds für Regionale Entwicklung (EFRE), den Kohäsionsfonds (CF) und das Instrument für Heranführungshilfe (IPA) mitfinanziert werden, zu Lasten der Bauunternehmer abzuändern. Infolgedessen werden zentrale Baurisiken, welche die FIDIC „Red & Yellow Books“ dem Auftraggeber zuweisen, in unsachlicher Weise auf den Auftragnehmer übertragen:

- Eingeschränkter oder nicht ausreichender Zugang zur Baustelle (Artikel. 2.1)
- Fehlerhafte Informationen zur Lage bzw. zur Absteckung der Baustelle (Artikel 4.7)
- Verantwortung für unvorhersehbare Bedingungen, vor allem hinsichtlich des Bodenrisikos (Artikel 4.10)
- Planungsverantwortung (Artikel 5.1)
- Finanzielle Schäden aufgrund von Verzögerungen (Artikel 8.7)
- Angemessenheit des Vertragspreises (Artikel 14.1)

Derartige Änderungen der vertraglichen Risikoverteilung haben nicht nur negative Auswirkungen auf die Vertragssituation des jeweiligen Auftragnehmers, sondern auch auf das generelle Wettbewerbsumfeld in den Ländern Mittel- und Osteuropas. Wenn Modifikationen bei einem Bauvorhaben die ursprünglich vorgesehene Risikoverteilung unausgewogen abändern, treten regelmäßig Folgeprobleme auf, wie etwa:

- Scheitern der Ausschreibung und der Projektdurchführung;
- Nicht-Teilnahme seriöser Bauunternehmen an der Ausschreibung;
- Auftragsvergabe an einen Bieter, der scheitert oder die Risiken falsch einschätzt;
- Schlechte Bauqualität und Verzögerungen aufgrund von fehlerhafter Einschätzung der Risiken;
- Häufige Streitigkeiten zwischen Auftraggeber und Bauunternehmer;
- Große Diskrepanzen zwischen den Angebots- und Abrechnungssummen.

3. Position und Vorschläge der VIBÖ

Die VIBÖ appelliert an die Mitglieder des Europäischen Parlaments die aktuellen Verhandlungen über die Schaffung der Fazilität „Connecting Europe“ zu nutzen, um die Auszahlung von Mitteln des EU-Kohäsionsfonds an das Vorliegen fairer Vertragsbedingungen zu knüpfen. Mit der Einführung eines Hinweises auf ausgewogene Vertragsbedingungen im EU-Gemeinschaftsrecht würde die EU nicht nur der langjährigen Vergabepraxis und dem guten Beispiel der Weltbank, der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBRD) und der Europäischen Investitionsbank (EIB) folgen, sondern auch einen wichtigen Beitrag zu einer effizienten Mittelverwendung leisten.

Konkret schlägt die VIBÖ folgende Ergänzungen im Dokument „COM(2011) 665 endgültig“ vor:

- Neuer Erwägungsgrund / Recital 47a:

de: “Zur Gewährleistung eines breiten und fairen Wettbewerbs für Projekte, die mit Fördermitteln aus der CEF finanziert werden, muss die Vertragsform den Zielsetzungen und Umständen des Projekts entsprechen. Die Vertragsbedingungen sind so abzufassen, dass die mit dem Auftrag verbundenen Risiken in fairer Weise aufgeteilt werden, um wirtschaftlichste Preise und effizienteste Auftragserfüllung zu erzielen. Dieser Grundsatz findet Anwendung unabhängig davon, ob ein nationales oder ein internationales Vertragsmuster angewendet wird.“

en: *“In order to ensure broad and fair competition for projects benefitting from CEF funds, the form of contract used must be appropriate to the project’s objectives and circumstances. Contract conditions should be drafted so as to fairly allocate the risks associated with the contract, with the primary aim of achieving the most economic price and efficient performance of the contract. This principle applies irrespectively of whether national or international standard forms of contract are used.”²*

- Neuer Artikel 13a:

de: “Die Vertragsform muss den Zielsetzungen und Umständen des Projekts entsprechen. Die Allgemeinen und Besonderen Vertragsbedingungen sind so abzufassen, dass die mit dem Auftrag verbundenen Risiken in fairer Weise aufgeteilt werden, um wirtschaftlichste Preise und effizienteste Auftragserfüllung zu erzielen. Dieser Grundsatz findet Anwendung unabhängig davon, ob ein nationales oder ein internationales Vertragsmuster angewendet wird.“

en: *“The form of contract to be used shall be appropriate to the objectives and circumstances of the project. General and particular contract conditions shall be drafted so as to fairly allocate the risks associated with the contract, with the primary aim of achieving the most economic price and efficient performance of the contract. This principle applies irrespectively of whether national or international standard forms of contract are used.”*

- Neuer Absatz 1a in Artikel 23:

de: “Wenn ein Großprojekt nicht den allgemeinen Grundsätzen des Artikels 13a entspricht, kann es nicht mit Fördermitteln aus der CEF unterstützt werden. Die Kommission räumt dem betroffenen Mitgliedstaat die Möglichkeit ein, das Projekt mit den obengenannten allgemeinen Grundsätzen in Einklang zu bringen.“

en: *“When a major project does not respect the General Principles defined in Article 13a new, it shall not benefit from CEF funds. The Commission shall provide the Member State concerned the opportunity to bring the project into line with the above-mentioned General Principles.”*

Wien, im September 2012

² siehe Art. 3.24 der EBRD Procurement Policies and Rules, Mai 2010