

**Überlegungen zu einem Gesetzesvorschlag
für eine risikobasierte Festlegung von Kriterien zum Nachweis
der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit
auf Grundlage eines Projektklassensystems**

im Auftrag des/der

Fachverband der Bauindustrie
Vereinigung Industrieller Bauunternehmen Österreichs
Fachverband Metalltechnische Industrie
Verband Zentralheizungs- und Lüftungsbaues

von

em. o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Dr. Aicher Unternehmensforschung OG
Wiener Neudorf / St. Veit an der Gölsen

und

Univ.-Prof. i.R. Dipl.-Ing. Hans Lechner
Hans Lechner ZT GmbH

Februar 2017

I. Zielsetzung

(1)

§ 75 BVergG 2006 (id dzt gF) zählt demonstrativ die Nachweismittel auf, mit denen Bewerber oder Bieter ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit je nach Festlegung des Auftraggebers nachweisen können. Inhaltliche Mindestanforderungen werden nicht genannt. Solche vorzugeben, obliegt dem Auftraggeber.

(2)

Die Praxis hat gezeigt, dass die häufig verlangte Bonitätserklärung einer Bank nicht immer verlässlich ist. Auch eine positive Bonitätsauskunft bestätigt idR nur das Vorliegen ausreichender Bonität ohne Bezug zum Auftragswert des Bauvorhabens und zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die der Bieter benötigt, um dieses Projekt auch dann „durchzustehen“, wenn dabei Komplikationen auftreten. Ähnlich verhält es sich bei Ratings, zumal das Gesetz weder die Einholung einer Bankauskunft noch die Bewertung durch eine Ratingagentur verpflichtend vorschreibt und noch weniger den Auftraggeber nötigt, ein bestimmtes Rating (zB Wert nicht über 400) zu verlangen.

(3)

Insolvenzen führen nicht selten und vor allem bei Großprojekten zu enormen Schäden beim Auftraggeber. Bieter mit unzureichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit verfolgen mitunter eine Billigpreisstrategie, um Aufträge zu akquirieren und schlagen so leistungsfähige Unternehmen aus dem Feld.

(4)

Diesen Gefahren kann durch die Verpflichtung des Auftraggebers entgegen gewirkt werden, bei bestimmten Großprojekten von Bewerbern und Bietern den

Nachweis der Erfüllung bestimmter Kennzahlen zu verlangen. Bei deren Erfüllung darf vermutet werden, dass die Unternehmer die projektnotwendige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzen

(5)

Dazu ist es erforderlich, einerseits den Typ des Großprojekts nach Komplexitäts-, Schwierigkeits- und Risikomerkmale festzulegen, für den die Verpflichtung des Auftraggebers gelten soll, und andererseits die Kennzahlen zu bestimmen, deren Erreichen Voraussetzung dafür ist, dass eine entsprechende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit angenommen werden darf.

II. Europarechtliche Rahmenbedingungen

(6)

Die EU-Vergaberichtlinien (2014/24/EU, 2014/25/EU) stehen derartigen gesetzlichen Vorgaben nicht entgegen. Zwar unterscheiden die Richtlinien zwischen Regelungsoptionen, die dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber eingeräumt sind (zB Art 67 Abs 2, 3 UA RL 2014/24/EU) und Wahlmöglichkeiten, welche die RL den öffentlichen Auftraggebern einräumt, und die der mitgliedstaatliche Gesetzgeber diesen nicht nehmen darf (zB Art 67 Abs 2, 1 UA RL 2014/24/EU). So hat der EuGH im Urteil Sintes (7.10.2004, Rs C-247/02) eine italienische Regelung verworfen, die den öffentlichen Auftraggebern für die Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen im Anschluss an ein offenes oder nicht offenes Verfahren abstrakt und allgemein vorschreibt, nur das Kriterium des niedrigsten Preises anzuwenden. Aus der Begründung:

„40. Legt der nationale Gesetzgeber jedoch ein ausschließliches Kriterium für die Vergabe öffentlicher Bauverträge abstrakt und allgemein fest, so nimmt dies den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, die Art und die Besonderheiten derartiger Aufträge im Einzelnen zu berücksichtigen, indem sie für jeden von ihnen das Kriterium wählen, das am besten geeignet ist, den freien Wettbewerb zu sichern und so die Auswahl des besten Angebots zu gewährleisten.

41. Was das Ausgangsverfahren angeht, so hat das vorlegende Gericht gerade

die technische Komplexität des auszuführenden Bauwerks betont, und der öffentliche Auftraggeber hätte dieser Komplexität daher in zweckmäßiger Weise Rechnung tragen können, indem er objektive Zuschlagskriterien wie die in Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie beispielhaft angeführten auswählte.“

(7)

Nun ist zwar auch Art 58 RL 2014/24/EU betreffend die Eignungskriterien an öffentliche Auftraggeber adressiert, der innerhalb bestimmter Grenzen den Auftraggeber ermächtigt, bestimmte Anforderungen und Nachweise bezüglich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festzulegen.

(8)

Wenn der mitgliedstaatliche Gesetzgeber vorschreibt, dass öffentliche Auftraggeber für bestimmte komplexe Bauprojekte das Erreichen bestimmter Kennzahlen in den Ausschreibungsunterlagen vorsehen müssen, liegt darin jedoch keine abstrakte und allgemeine Festlegung iSd Urteils „Sintesi“, die den Auftraggebern die Möglichkeit nimmt, die Art und die Besonderheiten derartiger Aufträge im Einzelnen zu berücksichtigen. Darin liegt lediglich eine gesetzliche Konkretisierung der „speziellen mit der Wesensart der Bauleistungen einhergehenden Risiken“, für welche Art 58 Abs 3, 2. UA RL 2014/24/EU selbst vorsieht, dass der geforderte Mindestjahresumsatz das Zweifache des geschätzten Auftragwerts überschreiten darf.

(9)

Ungeachtet dessen hat eine gesetzliche Regelung der Eignungsanforderungen zu beachten, dass sie keine Anforderungen aufstellen darf, welche die nach Art 58 Abs 3 RL 2014/24/EU überschreiten und dass die aufgestellten dem dort normierten Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen müssen.

III. Textvorschlag

(10)

Im Folgenden wird eine legistische Formulierung für ein Modell vorgenommen, das auf einer Kombination von zu beschreibenden Projektklassen und diesen zugeordneten wirtschaftlichen Kennzahlen beruht.

(11)

Näherhin wird versucht, die vorzuschlagende Regelung in das Regulationssystem des Begutachtungsentwurfs BVergG 2017 einzufügen.

(12)

Unter diesem Aspekt empfiehlt es sich, die vorzuschlagende Regelung in Anhang X BVergG 2017 einzufügen. Anhang X zählt demonstrativ (erg: insbesondere) jene Nachweise auf, die der Auftraggeber zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen kann. Die Vorbildbestimmung des Anhangs XII Teil I RL 2014/24/EU zählt nur die Nachweismittel auf, lässt jedoch die Festlegung dessen, was konkret nachzuweisen ist (den Nachweisgegenstand bzw. -inhalt) vermissen. Was soll eine „entsprechende Bankenerklärung“, eine „entsprechende Berufshaftpflichtversicherung“ oder die „Angabe des Verhältnisses etwa zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten“, wenn nicht geregelt ist, wie das „Entsprechungsverhältnis“ beschaffen sein muss. Was soll die Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz, für den Tätigkeitsbereich, der Gegenstand der Ausschreibung ist, wenn nirgends festgelegt ist, wann in Bezug auf die konkrete Ausschreibung ein bestimmter Gesamtumsatz wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vermuten lässt. Nur im Zusammenhang mit Art 58 Abs 3 RL 2014/24/EU wird ein Bezug zwischen Nachweismittel („Beleg“ isd § 60 Abs 3, 2. UA RL 2014/24/EU) und dem was zu „belegen“ ist, hergestellt, wenn dort zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit auf den Nachweis (= durch welches „Mittel“ auch immer) eines Mindestgesamtjahresumsatzes bzw. eines Mindestjahresumsatzes für den ausschrei-

bungsgegenständlichen Tätigkeitsbereich im **Verhältnis zum geschätzten Auftragswert** abgestellt wird. Dies freilich nur im Wege einer „Begrenzung“, ob außer in hinreichend begründeten Fällen der verlangte Mindestjahresumsatz das Zweifache des geschätzten Auftragswerts nicht übersteigen darf.

Immerhin wird man auch die dort zugelassene Angabe des Verhältnisses zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten inhaltlich so verstehen dürfen, dass (Grund-)Voraussetzung hinreichender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist, dass die Unternehmensrechnung keine negatives Eigenkapital aufweist.

(13)

So verhält es sich auch mit Anhang X BVergG 2017, der in Bezug auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit die Regelungsinhalte des Anhangs XII Teil 1 und des Art 58 Abs 3 RL 214/24/EU zusammenzieht, Nachweismittel und Nachweisinhalt vermengt und einen Bezug zwischen beiden in der gleichen „schwachen“ Weise herstellt wie die Vorbildregelung.

§ 84 Abs 1 BVergG 2017 verweist für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit neu auf Anhang X. Abs 2 und setzt die Nachweismittel-(„Beleg“-) Regelung des Art 60 Abs 3 RL 2014/24/EU um.

(14)

Der vorzuschlagende Text könnte in Anhang X wie folgt eingefügt werden:

Abs (3 neu) lautet:

Bei Hochbau- und Ingenieurbauaufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber den Nachweis gemäß Abs 2 Z 6 zu verlangen, dass der Mindestjahresumsatz des Wirtschaftsteilnehmers in einem bestimmten Verhältnis zum geschätzten Auftragswert steht. Für die Vorgabe dieses Verhältnisses in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist die in Abs 4 enthaltene Gliederung der Projektklassen maßgeblich. Dabei gilt für die Projektklasse 3, dass der vom Wirtschaftsteilnehmer verlangte Mindest-

jahresumsatz mit dem Zweifachen des geschätzten Auftragswertes festgelegt wird. Für die Projektklassen 4 bzw. 5 ist der Mindestjahresumsatz mit dem Drei- bzw. Vierfachen des geschätzten Auftragswertes (des jeweiligen Gewerkes) festzulegen. Wird ein Bauvorhaben, das unter eine in diesem Absatz genannte Projektklasse fällt, in Einzelgewerken vergeben, ist dafür die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gegeben, wenn der sparten-spezifische Mindestjahresumsatz für das Einzelgewerk bei Projektklasse 3 das Zweifache, bei Projektklasse 4 das Dreifache und bei Projektklasse 5 das Vierfache des Schätzwertes des Einzelgewerkes beträgt, sofern der Auftragswert des Einzelgewerkes je nach Projektklasse des Gesamtbauvorhabens bei Projektklasse 3 drei, bei Projektklasse 4 fünf und bei Projektklasse 5 zehn Millionen EUR übersteigt.

Abs (4 neu) lautet:

Vor der Einleitung eines dem Abs 3 unterfallenden Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber die maßgebliche Projektklasse gemäß nachfolgender Projektklassenbeschreibung zu bestimmen. Die Projektklasse ergibt sich aus der Addition der Bewertungspunkte dividiert durch zwölf (gerundet), wobei fünf Projektklassen unterschieden werden und die Absätze 3 und 4 erst gelten, wenn das Vorhaben zumindest in die Projektklasse 3 eingestuft wird. Die Projektklasse 3 ist erreicht, wenn die Berechnung gemäß Satz 2 mehr als drei, die Projektklasse 4 mehr als vier und die Projektklasse 5 mehr als fünf Bewertungspunkte in Summe ergibt.

Für die Ermittlung der Projektklasse ist folgende Tabelle maßgebend:

| (a) Anzahl der Projektziele | Pkte |
|---|------|
| Anzahl/Unterschiedlichkeit der zu integrierenden + zu koordinierenden Abteilungen , der im Projekt zu kombinierenden baulichen unterschiedlichen Zonen wie zB. Turnsaal, Schwimmhalle, Kindergarten, Vorschule, Mittelschule, Oberstufe .. | 1-2 |
| Anzahl und Unterschiedlichkeit der Anforderungen und Wechselwirkungen zwischen den Zielen, der Zielhierarchie, den Prioritätssetzungen, deren Gewichtung, Konkurrenz und Optimierungskriterien, Antimonie und KO-Kriterien | 3-4 |
| Zieländerungen betreffend Inhalt, Gewichtung, Präferenz und deren Eintrittswahrscheinlichkeiten (Unsicherheiten)..... | 5 |

(b) Ressourcen AG Besteller + Ersteller

Anzahl/Unterschiedlichkeit der leitenden Mitarbeiter des AG, deren Kompetenz, Erfahrung, Qualifikation, Verfügbarkeit, Zusammenwirken und Entscheidungsvolumina, oder ggf. politische Besetzung. 1-2

Anzahl und Unterschiedlichkeit der Wechselwirkungen, Hierarchie vs. Projekthierarchie, der formellen und informellen Kommunikation, der Vertretungsregel und der Motivationslage. Einbeziehen einer Förderstelle. 3-4

Änderungen der Entscheidungsvolumina, Fluktuation der Mitwirkenden. Einbeziehen mehrerer Förder- / Finanzierungsstellen. 5

(c) strategische Bedeutung für den Auftraggeber

Relative Größe des Projektes, im Vergleich zu sonstigen Aufgaben des Bestellers 1-2

Außenwirkung des Projektes, hohe (umwelt- und sozial)politische und mediale Sensibilität 3-4

Das Projekt hat sehr große Bedeutung, übersteigt aber Routine und Erfahrung der Trägerorganisation. 5

(d) Neuartigkeit

Anzahl und Unterschiedlichkeit der technischen und nutzungsspezifischen Systeme, der Verwendung neu kombinierter Systeme oder Neuheitsgrad von Teillösungen.1-2

Anzahl und Unterschiedlichkeit des Zusammenwirkens der Systeme zB. Laborklassen oder Laminar OP. 3-4

Änderung der Anforderungen, Gefahr des späteren Erkennens unbeachteter Wirkungen und Anforderungen. 5

(e) Neubau / Umbau / in Betrieb

Neubau auf freiem Gelände, geringe Interaktion mit Umfeld. 1-2

Neubau innerstädtisch, mit schwierigeren Anschlüssen an Nachbarbebauung. 3-4

Umbau, mittlere Eingriffe, Umbau, intensive Eingriffe. 5

(f) Risikoeinschätzung

Sehr geringes / geringes Risiko.1-2

Risiken und Risikovorsorge ausgeglichen. 3-4

Risiken übersteigen die Vorsorge, zT. deutlich. 5

(g) Projekt - Dauer

Planungsdauer und Ressourcenkapazitäten berechnet oder politisch festgelegt, Dauern abgestimmt auf verfügbare Ressourcen in allen Fachbereichen.1-2

Baubauwicklungsdauer und Fristen, berechnet oder Vorgabe des AG, abgestimmt auf verfügbare Materialien, Geräte, Personal. 3-4

Änderungen/Verdichtungen aus äußeren Einflüssen oder Ineinanderschieben der Planung und Ausführung, fast-track-Projekte. 5

(h) Projekt – Kosten

0,6 – 5,2 – 15,0 Mio €. 1-2

15,1 – 75,0 Mio €, Einbeziehen einer Finanzierungsstelle oder Einhalten eines Kostendeckels.3-4

75,1 – 300,0 Mio €, Einbeziehen mehrerer Förderstellen oder Einhalten eines engen Kostendeckels. Zusatzpunkte wenn Projektkosten über 300 Mio.5

(i) Anzahl Planungsfelder, Fachbereiche

Anzahl und Unterschiedlichkeit der Planungsdisziplinen, der Phasen und Aufgaben, der Hierarchie in den Planer-büros, der Kompetenz und Erfahrung in der speziellen Projektart und Größe. 1-2

Anzahl und Unterschiedlichkeit der Abhängigkeiten, Vernetzungsgrad der Disziplinen, des Zusammenwirkens der Inhalte und Personen, der Planhierarchien, der Bearbeitungstiefe und Ressourcen, der Motivationslage.3-4

Änderung von Arbeitspaketen bei Änderung der Funktionsanforderungen, Technologie, Erfahrungsmangel, wirtschaftlicher Status, persönliche Einstellung der Beteiligten, Auswirkung von Einzelinsolvenzen auf das Gesamtprojekt, Stabilität in den Systemannahmen.5

(j) Anzahl ausführender Firmen + Gewerke, mehrere unterschiedliche Objekte

Anzahl der im Projekt mittelbar und unmittelbar Mitwirkenden / Gewerke, die in der Bauabwicklung zu integrieren, zu koordinieren sind, deren Qualifikation und Verfügbarkeit, Motivationslage.1-2

Anzahl und Unterschiedlichkeit der Interaktion, der Wechselwirkungen, der Schnittstellen, der Anforderung an das Projekt, der formellen/informellen Kommunikation, der Vertretungsregelungen, Organisationsgrad d. Firmen, Bearbeitung in 2-3 Bauteilen ergibt +1 Pkt.3-4

Personelle Änderungen bei den Mitwirkenden. Fluktuation, Stamm- / Leihpersonal, wirtschaftl. Leistungsfähigkeit, sowie **Änderung der Konfiguration**, der Funktionalität, der Qualität + Quantität, mehr als 4 Bauteile +2÷3 Pkte.5

(k) Verträge – Genehmigungen / Freigaben

Verträge nahe an den üblichen Standards, den Honorarordnungen, den Vertragsnormen, rasche unkomplizierte **Freigabe der LPHen**, qualifizierte Mitwirkung des AG.1-2

Verträge, Vertragsbedingungen abweichend von Standards, mit noch kalkulierbaren Risiken und schwierigen, aber festgelegten Freigabe / Genehmigungslauf, sprachüberschreitend.3-4

Eigene, von allen Standards abweichende Verträge, AVBs mit erheblichen Risikoverschiebungen, schwierige unklare Entscheidungs- / Zustimmungswegen, unklare Freigabe / Genehmigungsläufe.5

(l) Umfeld

Anzahl/Unterschiedlichkeit der relevanten Einflussgrößen aus den sachlichen, sozialen, medialen Umfeldern, den gesetzlichen, sonstigen Einschränkungen.1-2

Anzahl und Unterschiedlichkeit der Einflüsse von Beziehungen i.e. Einstellungen, Erwartungen, Befürchtungen, von Machtausübung statt Abgleich von Argumenten.3-4

Änderungspotenzial der Umwelten, Eintrittswahrscheinlichkeit von Varianten, Veränderungen der politischen Landschaft, der damit verbundenen Risiken, grenzüberschreitend.5

Die Projektklasse ergibt sich aus der Addition der Bewertungspunkte dividiert durch 12, gerundet:

PKL _____ ◀ .. / 12 ◀ Σ ...

(Die bisherigen Absätze (3) – (5) werden zu Absätzen (5) – (7).

Dem Abs 7 folgt Abs 8 mit folgendem Text:

Ungeachtet der vorstehenden Absätze fehlt dem Unternehmer jedenfalls die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wenn die vorzulegende Unternehmensrechnung ein negatives Eigenkapital ausweist. Ein negatives Eigenkapital liegt vor, wenn das Eigenkapital (Grundkapital, Kapitalrücklagen, Gewinnrücklagen, gesetzliche Rücklagen) durch Verluste aufgebraucht ist. § 78 Abs 3 bleibt davon unberührt.