

Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau

DIPL.-ING. THOMAS MATHOI

Universität Innsbruck – Institut für Konstruktion und Materialwissenschaften
Arbeitsbereich Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baumanagement
Technikerstrasse 13
A 6020 Innsbruck

RA DR. WALTER SCHWARTZ

Schwartz und Huber-Medek Rechtsanwälte OEG
Stubenring 2, 4. Stock/Top13
A 1010 Wien

Eine der ersten – und eine der wichtigsten – Entscheidungen jedes Beschaffungsvorgangs ist die Festlegung des Auftraggebers, was er konkret beschaffen will. Vielen Auftraggebern fällt gerade diese Entscheidung schwer: mangelnde Marktkennntnis und -erkundung, fehlender Sachverstand oder unsachliche Zurufe von außerhalb führen oft dazu, dass entweder Leistungen ausgeschrieben werden, die der Auftraggeber so gar nicht will, oder dass sich im Laufe des Vergabeverfahrens herausstellt, dass dem Auftraggeber eine *andere* als die ausgeschriebene Amtsvariante mehr zusagt. Nicht nur, aber auch aus diesem Grund überlegen viele Auftraggeber, vermehrt auf funktionale Leistungsbeschreibungen – das heißt auf Ausschreibungen, denen kein detailliert ausformuliertes Leistungsverzeichnis zugrunde liegt, sondern die lediglich Zielvorgaben enthalten – umzusteigen.

Aufbauend von den theoretischen Grundlagen (die zum einen vergaberechtlicher und zum anderen auch bauwirtschaftlicher Natur sind) werden die wesentlichen Möglichkeiten der funktionalen Leistungsbeschreibung für öffentliche Bauaufträge im Hochbau dargestellt. Dabei beschränkt sich der Beitrag neben einigen Einflüssen aus projektentwicklungstechnischer Sicht vor allem auf die wesentlichen vergaberechtlichen Besonderheiten, die bei Anwendung der funktionalen Leistungsbeschreibung zu berücksichtigen sind.

Zu den zentralen Themen gehören die Bewertbarkeit von Alternativangeboten bei (unvollständig) funktional beschriebenem Leistungsumfang sowie Besonderheiten bei der stufenweisen Konkretisierung des Bau-Soll vor dem Hintergrund einer Optimierung des Projektes, aber auch die Eignung der Vergabeverfahren (und hier: insbesondere des wettbewerblichen Dialogs nach dem neuen BvergG 2006) für die Ausschreibung von Bauprojekten mit funktional beschriebenem Leistungsumfang.

Chancen und Gefahren der funktionalen Leistungsbeschreibung bei öffentlichen Bauaufträgen im Hochbau

1 Einleitung

Bauprojekte sind im öffentlichen Hochbau von einem stetig zunehmenden Kosten- und Termindruck gekennzeichnet. Durch eine funktionale Beschreibung des Leistungsumfanges kann zum einen nicht nur die Gesamtprojektdauer verkürzt werden, sondern es besteht auch die Möglichkeit, den Auftragnehmer in eine gemeinsame Planungs- und/oder Optimierungsphase einzubinden, welche einer Verbesserung der Kosten-, Termin- und Qualitätssicherheit dienen soll.

Der Auftraggeber wird so in die Lage versetzt, bereits zu einem relativ frühen Zeitpunkt im Projekt den funktional beschriebenen Leistungsumfang auszuschreiben und zu vergeben, bei gleichzeitiger Verkürzung des eigenen Planungsvorlaufes. Dabei geht der vorliegende Beitrag von einer Art Schlüsselfertigbau, also einer Vergabe des gesamten Projektes an z.B. einen Generalunter- bzw. -übernehmer aus, der demnach nicht nur die Bauausführung sondern auch Planungs- und Koordinierungsleistungen übernimmt.

Neben den bereits bekannten Chancen und Gefahren einer funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges aus bauwirtschaftlicher Sicht, sind bei öffentlichen Bauaufträgen in jedem Fall auch die Besonderheiten des Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 zu berücksichtigen, auf die in den folgenden Betrachtungen nach einer kurzen Begriffsbestimmung näher eingegangen wird.

2 Das vertraglich vereinbarte Bau-Soll und dessen Beschreibung

Unter dem Begriff „Bau-Soll“ wird die Summe aller vom Auftragnehmer geschuldeten Leistungen (Leistungsumfang), die durch den Vertrag insbesondere durch die Beschreibung der Leistung, technische Spezifikationen, Pläne, technische und rechtliche Vertragsbestimmungen, etc. festgelegt werden und den daraus abzuleitenden und objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, verstanden (vgl. [1], Seite 119).

$$\text{Bau - Soll} = \text{Leistungsumfang} + \text{Umstände der Leistungserbringung}$$

Somit ist der vertraglich vereinbarte Leistungsumfang, welcher im Bauwesen üblicher Weise in Form eines Leistungsverzeichnisses beschrieben wird, ein wesentlicher Bestandteil des Bau-Soll. Die daraus abzuleitenden und objektiv zu erwartenden Umstände der Leistungserbringung hat der Auftraggeber in seiner Beschreibung des Leistungsumfanges, sofern für ihn zu diesem Zeitpunkt bereits erkennbar, zu beschreiben bzw. den Bieter zumindest darauf aufmerksam zu machen (vgl. § 96 Abs. 6 BVergG 2006 und Ö-Norm A 2050, Pkt. 5.2.2).

Versteht man weiters unter dem Begriff „Bau-Ist“ jenen Teil des Bau-Soll, der tatsächlich erbracht wurde, und definiert als Abweichung die Veränderung des vertraglich vereinbarten Bau-Soll, deren Ursache in einer geänderten bzw. zusätzlichen Leistung oder einer Leistungsstörung (z.B.: Behinderung) liegen kann (vgl. [2], Seite 148), so ergibt sich nachfolgender Zusammenhang zwischen Bau-Soll und Bau-Ist:

$$\text{Bau - Ist} = \text{Bau - Soll} + \sum_{i=1}^n \text{Abweichungen}_i$$

Grundsätzlich können zwei verschiedene Arten der Beschreibung des vertraglich zu vereinbarenden Leistungsumfanges angewendet werden, die als Grundlage für die nachfolgenden Betrachtungen hier kurz skizziert sind:

2.1 Detailliert beschriebener Leistungsumfang

Voraussetzung für einen detailliert beschriebenen Leistungsumfang ist eine entsprechende Planung (Ausführungsplanung) samt (positionsweiser bzw. konstruktiver) Leistungsbeschreibung und alle dazu erforderlichen Detailangaben. Der Begriff *konstruktive Leistungsbeschreibung* ist wie folgt definiert: „Die Leistung wird unter Angabe der Konstruktionsart, der zu verwendenden Materialien, der Maße und der Menge eindeutig beschrieben. Das bedeutet, dass die Dimension und die Qualität der Leistung detailliert in einzelnen Positionen vorgeschrieben sind“ (siehe [3], Seite 96).

Diese Form der Definition des Leistungsumfanges ist für einen Einheitspreisvertrag und für einen Detail-Pauschalvertrag charakteristisch und nimmt üblicherweise sehr viel Zeit in Anspruch. Eine Einbeziehung des Auftragnehmers findet, wenn überhaupt, erst sehr spät statt – im Normalfall kurz vor Beginn der Ausführungsphase. Das bedeutet, dass der Beeinflussungsgrad der Planung zum Zeitpunkt der Vergabe bereits zu gering ist, um eine echte Optimierung des Projektes zum Beispiel im Sinne eines Value Engineering-Prozesses zur Verbesserung der Kosten-, Termin- und Qualitätssicherheit zu ermöglichen. Hinzu kommt, dass viele Auftraggeber nicht über die nötigen Ressourcen verfügen, um die – für eine konstruktive Leistungsbeschreibung notwendigen – Leistungsverzeichnisse selbst herzustellen. Die Auftraggeber müssen sich daher externer Berater bedienen; die diesbezüglichen Aufträge unterliegen aber auch dem Vergaberecht (und sind also förmlich zu vergeben). Der Auftraggeber muss daher zuerst ein Vergabeverfahren durchführen, um ein Vergabeverfahren durchführen zu können. Hilft hier die funktionale Ausschreibung?

2.2 Funktional beschriebener Leistungsumfang

Diese Form der Definition des Leistungsumfanges basiert meist auf einer Einreich-/Genehmigungsplanung samt einer funktionalen Leistungsbeschreibung und bildet üblicherweise die Basis für einen einfachen Global-Pauschalvertrag bzw. komplexen Global-Pauschalvertrag.

Unter einer funktionalen Leistungsbeschreibung versteht man definitionsgemäß ein Leistungsverzeichnis, in dem „die zu erfüllende Funktion einer Leistung beschrieben wird, ohne dass nähere Angaben über die Qualität, Quantität, Konstruktionsart usw. gemacht werden“ (siehe [3], Seite 96). Die Ausführungsplanung erfolgt in weiterer Folge baubegleitend und kann sowohl von den Planern des Auftraggebers als auch vom Auftragnehmer (Generalunter-/übernehmer bzw. Totalunter-/übernehmer) durchgeführt werden.

Typisches Anwendungsgebiet der funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges ist zum Beispiel der so genannte Schlüsselfertigbau, bei dem ein Auftragnehmer (meist ein Generalunter-/übernehmer bzw. Totalunter-/übernehmer) neben der kompletten Ausführungsplanung auch eine Mengen- und Vollständigkeitsgarantie sowie das Qualitätsrisiko übernimmt. Eine möglichst frühzeitige Einbeziehung des Auftragnehmers in eine gemeinsame Planung ist insbesondere dann von Vorteil, wenn von ihm Gestaltungs- und/oder Lösungsvorschläge erwartet werden. Das bedeutet, dass der Auftraggeber seine Leistungsbeschreibung bewusst unvollständig und lediglich funktional verfasst und gemeinsam mit dem Auftragnehmer den Leistungsumfang stufenweise konkretisiert.

3 Einflüsse auf die Projektabwicklung und das Vergabeverfahren

Ein wesentlicher Vorteil – also eine Chance – liegt in der Festlegung eines geforderten Mindestmaßes an Funktionalität und Qualität durch die funktionale Leistungsbeschreibung, so

dass im Zuge der Angebotseinholung die Möglichkeit zur Entwicklung verschiedener Lösungsansätze geschaffen wird. Für den öffentlichen Auftraggeber ermöglicht dies unter Umständen ein im Interesse des Steuerzahlers nicht nur hinsichtlich der Errichtungskosten, sondern auch hinsichtlich der Betriebs- und Erhaltungskosten optimiertes Projekt realisieren zu können.

Dabei stellt die stufenweise Konkretisierung des Bau-Soll einen wesentlichen Einfluss auf die Projektabwicklung und das Vergabeverfahren dar. Sie wird im Folgenden nach einer kurzen, prinzipiellen Beurteilung der vergaberechtlichen Zulässigkeit einer funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges dargestellt:

3.1 Vergaberechtliche Zulässigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung

Die Beschreibung der Leistung hat, den vergaberechtlichen Grundsätzen folgend, eindeutig, vollständig und neutral zu erfolgen. Das neue BVergG 2006 lässt eine funktionale Beschreibung des Leistungsumfanges explizit zu, und überlässt das Wahlrecht zwischen einer konstruktiven und funktionalen Leistungsbeschreibung dem Auftraggeber (vgl. § 95 Abs. 1 bzw. 3 BVergG 2006 und [7], Seite 55).

Erfolgt die Beschreibung der Leistung funktional, so muss beachtet werden, dass die technischen Spezifikationen und das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral beschrieben sind, „*dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind*“ und ferner die Vergleichbarkeit der Angebote „*im Hinblick auf die Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- und Funktionsanforderungen*“ gewährleistet ist (vgl. § 96 Abs. 2 BVergG 2006). Die letztgenannte Anforderung macht in der Praxis die größten Probleme: Wie soll man die Gleichwertigkeit verschiedener Lösungsansätze bei einer Leistungsbeschreibungsart bewerten, die man gerade deshalb gewählt hat, weil man keine Vorstellung davon hat, welche Lösungsansätze am Markt angeboten werden können?

Elsner hält die „*funktionale Leistungsbeschreibungen auch für zulässig, wenn der Auftraggeber gerade dadurch unterschiedliche Lösungsansätze finden möchte*“ (siehe [7], Seite 55, Fußnote 11) und stellt weiters fest, dass der Auftraggeber zumindest wissen muss, was und wofür er die zu beschaffende Leistung benötigt (vgl. [7], Seite 55, Fußnote 9). Dies würde bedeuten, dass der (bewusst unvollständig) funktional beschriebene Leistungsumfang in einer frühen Projektphase (z.B. auf Basis einer Entwurfplanung) vergaberechtskonform wäre. Elsner sieht dies vor dem Hintergrund einer Ausschreibung, bei der der Auftraggeber versucht, für spezielle Probleme, die er in der funktionalen Leistungsbeschreibung nicht näher spezifizieren kann, mittels Alternativangeboten zu einer Lösung zu kommen. Das ist nach der Meinung der Verfasser auch dann sinnvoll, wenn der Auftraggeber bei einem Bauprojekt darauf bedacht ist, eine technisch und wirtschaftlich optimale Lösung zu erhalten, jedoch selbst diese Lösung noch nicht kennt, aber genau weiß und beschreiben kann, wofür er diese gesuchte Lösung benötigt.

Somit kann hier festgehalten werden, dass auch eine (bewusst unvollständige) funktionale Beschreibung des Leistungsumfanges, sofern sie eindeutig, vollständig und neutral beschreibt, was und wofür der Auftraggeber die zu beschaffende Leistung benötigt, vergaberechtskonform ist.

3.2 Stufenweise Konkretisierung des Bau-Soll

Als Faustregel gilt, dass mit fortschreitender Projektdauer der Informationsgehalt der Planung und somit dazu direkt proportional auch die Genauigkeit der Beschreibung des Leistungsumfanges zunehmen (vgl. Abb. 1). Je früher im Projekt eine (funktionale) Beschreibung des Leistungsumfanges erfolgt, desto unvollständiger ist diese und somit sind Auslegungs- und Verständnisunterschiede nahe liegend. Es ist daher empfehlenswert, dass Auftraggeber und Auftragnehmer in mehreren Schritten das Bau-Soll gemeinsam konkretisieren und gegebenen-

falls auch optimieren (z.B. in Form einer Optimierungsphase mit Workshops), so dass Auslegungs- und Verständnisunterschiede weitestgehend geklärt werden können.

Durch das BVergG 2006 ist der Bieter bei öffentlichen Bauaufträgen zu einer solchen Konkretisierung verpflichtet. Als Grundlage für sein Angebot muss der Bieter ein Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung erstellen, das samt allfällig erforderlichen Plänen dem Angebot beizulegen ist (vgl. § 109 Abs. 2 BVergG 2006). Für dieses Leistungsverzeichnis und den darin enthaltenen Mengen bestätigt der Bieter per Erklärung die Vollständigkeit seiner Angaben (vgl. § 109 Abs. 3 BVergG 2006).

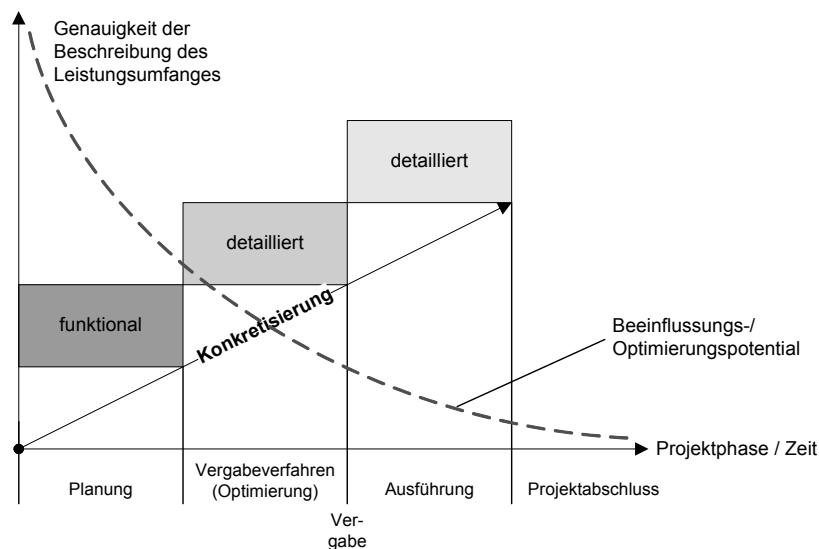


Abb. 1: Stufenweise Konkretisierung des Leistungsumfanges

Werden im Zuge des Vergabeverfahrens oder auch nachher neben den Planungsleistungen für die Konkretisierung auch Optimierungsleistungen von den Bietern bzw. vom Auftragnehmer erwartet, ist darauf zu achten, dass auch entsprechende Anreize zur Einbringung des Know-how geschaffen werden (vgl. dazu [1], Seite 123). Eine Möglichkeit des Anreizes zur Optimierung stellt ein geeignetes Bonus-/Malussystem dar, über welches der Auftragnehmer an den erwirkten Einsparungen beteiligt werden kann. Dabei sind verschiedene Kategorien denkbar, wie zum Beispiel die reine Kostenreduktionen der Herstellung, oder Bauzeitverkürzungen, die sich ebenfalls auf die Kosten auswirken bzw. auch die Chance eines früheren „Markteintritts“ mit dem fertig gestellten Objekt eröffnen. Zudem könnten auch die Lebenszykluskosten aus dem Gebäudebetrieb (Betriebs- und Erhaltungskosten) optimiert werden (vgl. [6], Seite 131). Diese Art der Beteiligung wird insbesondere dann für Auftraggeber und Auftragnehmer von Interesse sein, wenn man die Verknüpfung zwischen einer Reduktion der Herstellkosten und der dadurch entstehenden Beeinflussung der Betriebs-/Erhaltungskosten herstellt. So kann zum Beispiel im Zuge der Optimierung vom Auftragnehmer anstelle einer aufwändigen Glasfassade, die sowohl in der Herstellung als auch im Gebäudebetrieb (z.B.: Reinigung, Heiz-/Kühllast, Sonnenschutzmassnahmen, etc.) teuer ist, eine – sofern vom Auftraggeber gestalterisch akzeptiert – klassische Lochfassade mit Vollwärmeschutz vorgeschlagen werden, die sowohl in der Herstellung als auch im Gebäudebetrieb gegenüber der Glasfassade wesentlich günstiger ist. Schlägt jedoch der Auftragnehmer dem Auftraggeber anstelle einer Lochfassade eine Paneelfassade vor, die zwar in der Herstellung aber nicht im Gebäudebetrieb günstiger ist, um eine Beteiligung an der damit verbundenen Kostenreduktion und darüber hinaus an der ebenfalls eventuell damit einhergehenden Bauzeitverkürzung zu erwirtschaften, bildet ein allfälliger Malus infolge der negativen Beeinflussung der Lebenszykluskosten einen unter Umständen wichtigen Schutzmechanismus für den Auftraggeber.

Weiters müssen eindeutige Abgrenzungsregeln einer tatsächlichen Optimierung von einer bloßen Leistungs- bzw. Qualitätsminderung festgelegt werden (vgl. dazu [1], Seite 122). Bei der Abgrenzung einer tatsächlichen Optimierung von einer bloßen Leistungs- bzw. Qualitätsminderung muss insbesondere bei einer dem Vergabeverfahren nachgeschalteten Optimierungsphase sichergestellt sein, dass die Optimierungsleistung Bestandteil des gemeinsamen Vertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist. Selbstverständlich ist es dabei im Sinne des Auftraggebers, eine Kostenreduktion oder zumindest eine Erhöhung der Kostensicherheit durch die Optimierung zu erreichen und der Auftraggeber erwartet demnach vom Auftragnehmer entsprechende Optimierungsvorschläge bzw. Vorschläge zum Auffüllen der „Lücken“ in der unvollständigen (funktionalen) Beschreibung des Leistungsumfanges. Er ist aber nicht bereit, dabei eine Einschränkung der Mindestanforderungen an Funktionalität oder Qualität seines Projektes in Kauf zu nehmen und dafür dem Auftragnehmer einen eventuellen Bonus im Wege der Optimierungsleistung zu bezahlen.

Daher kann man nur dann von einer tatsächlichen Optimierung sprechen, wenn aufgrund eines Vorschlages des Auftragnehmers bei im Wesentlichen gleich bleibenden Funktionalitäten und Qualitäten Kosten eingespart werden können und/oder die Bauzeit reduziert werden kann (vgl. [4], Seite 502, Rdn. 59 und [5], Seite 909).

Am Ende der Optimierungsphase sollte idealer Weise für beide Vertragspartner das Bau-Soll so konkret dargestellt und mit Kosten und Terminen hinterlegt sein, dass das Potential der Mehr-/Minderkostenforderungen aus Auslegungs- bzw. Verständnisunterschieden der funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges weitestgehend ausgeschaltet ist.

3.3 Auswahl- und Vergabeverfahren (Beschaffungsprozess)

Zunächst stehen dem Auftraggeber ein offenes oder ein nicht offenes Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Verfügung, zwischen denen er die freie Wahl hat (vgl. § 27 BVergG 2006). Das nicht offene Verfahren kann bei funktionaler Beschreibung des Leistungsumfanges nur dann sinnvoll angewendet werden, wenn die Grundlagen für die Erarbeitung allfälliger Lösungsvorschläge hinreichend genau beschrieben sind. Das bedeutet, dass der Handlungsspielraum insbesondere zur gemeinsamen Erarbeitung von Lösungsvorschlägen im Sinne einer Optimierung im Zuge eines nicht offenen Verfahrens unmöglich ist. Der Auftraggeber kann lediglich über Alternativangebote zusätzliche Lösungsvorschläge erhalten oder die zu untersuchenden Varianten in die Ausschreibung aufnehmen und von den Bietern als Alternativen mit anbieten lassen.

Beim nicht offenen Verfahren besteht grundsätzlich ein Verhandlungsverbot und so muss der Zuschlag auf das unverhandelte (aber eventuell: „aufgeklärte“) Angebot eines Bieters erteilt werden. Die eigentlichen, gemeinsamen Optimierungsleistungen müssen demnach in die Zeit nach dem Vertragsabschluss verlegt werden. Solche Vertragsänderungen *nach* dem Zuschlag begegnen freilich vergaberechtlichen Bedenken: zulässig sind sie wohl nur dann, wenn die Änderung(en) infolge der Optimierung – retrospektiv betrachtet – zu keiner Änderung des ursprünglichen Interessentenkreises führt.

Deshalb stellt das Verhandlungsverfahren ein auf den ersten Blick geeignetes Vergabeverfahren dar, um Projekte mit funktional beschriebenem Leistungsumfang unter Wettbewerbsbedingungen zu optimieren. Mit dem Verhandlungsverfahren ist der gesamte Auftragsinhalt verhandelbar (vgl. § 25 Abs. 5 und 6 BVergG 2006) und somit bestünde genügend Spielraum für Auftraggeber und Bewerber bzw. Bieter – die Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes stets vor Augen – im Vergabeverfahren notwendige Konkretisierungen am Leistungsumfanges (vgl. Pkt. 3.2) vorzunehmen, die für eine Preisfindung notwendig sind. Für die Abwicklung eines Verhandlungsverfahrens weist das BVergG 2006 eine grundlegende Neuerung gegenüber dem alten BVergG 2002 auf: Der Auftraggeber kann die Verhandlungen in mehreren aufeinander folgenden Phasen führen, während denen er die Anzahl der Bieter anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien reduzieren kann. Dabei hat der Auftraggeber auf die Sicherstel-

lung eines echten Wettbewerbs zu achten. Der Auftraggeber ist auch berechtigt, die Verhandlungen nur mit dem bestgereihten Bieter zu führen. Will er aber auch Verhandlungen mit den nachgereihten Bietern führen, so kann er dies nur, wenn die Verhandlungen mit dem bestgereihten Bieter noch nicht abgeschlossen sind (vgl. § 105 Abs. 2 BVergG 2006). Ebenso kann der Auftraggeber die Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren ändern, sofern er dies in den Ausschreibungsunterlagen vorher entsprechend festlegt (vgl. § 105 Abs. 5 BVergG 2006).

Es gilt aber in jedem Fall zu beachten, dass das BVergG 2006 das Verhandlungsverfahren – richtlinienkonform – für Bauaufträge im Oberschwellenbereich nur als Ausnahmeverfahren zulässt (vgl. § 28 BVergG 2006). Als Ausnahmetatbestand zur Mobilisierung des Verhandlungsverfahrens können in Abhängigkeit vom Einzelfall zum Beispiel die mit der Komplexität des Projektes zusammenhängenden und von den Bietern auszuarbeitenden, unterschiedlichen Lösungsansätze als Nachweis für die Unmöglichkeit einer globalen Preisgestaltung herangezogen werden. So hat das Bundesvergabeamt in der Rechtssache 15N-06/04-29 vom 29.03.2004 betreffend den „*Stadionneubau Klagenfurt Waidmannsdorf für EURO 2008*“ entschieden, dass eine globale Preisgestaltung durch den Bieter dann nicht möglich ist, wenn der Bieter keinen festen Preis für die Leistung angeben kann, sondern Eventualitäten berücksichtigt werden müssen, die einen direkten Vergleich der Preisgestaltung unmöglich machen. Insbesondere ist dies auch dann möglich, wenn der Preis auch auf Basis der Vorstellungen und der Planung des Auftragnehmers entsteht.

Wird also ein Bauprojekt mit einer funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges ausgeschrieben, mit dem Ziel, auf diese Weise im Zuge des Vergabeverfahrens verschiedene Optimierungs- und Lösungsvorschläge von den Bietern abzufragen, so ist es nach Meinung der Autoren sinnvoll, das Verhandlungsverfahren heranzuziehen und diese Verfahrenswahl mit der oben angeführten Argumentation des Bundesvergabeamtes zu begründen. Denn es werden eine globale Preisgestaltung und ein direkter Vergleich der Angebote aufgrund der vom Bieter auszuarbeitenden Optimierungs- und Lösungsvorschläge nicht möglich sein.

Mit dem BVergG 2006 wurde auch ein gänzlich neues Vergabeverfahren eingeführt: der wettbewerbliche Dialog. Das Vergabeverfahren soll dann angewendet werden, wenn der Auftraggeber die Lösungen für seine Bedürfnisse und Anforderungen im Dialog mit den Bewerbern konkretisieren möchte, ehe er diese auf Basis der gemeinsam erarbeiteten Grundlage zur Angebotsabgabe einlädt (vgl. § 25 Abs. 9 BVergG 2006). Der Anwendungsbereich ist auf „*besonders komplexe Aufträge*“, deren Vergabe nach Ansicht des Auftraggebers nicht im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden können, eingeschränkt (vgl. § 34 Abs. 1 BVergG 2006). Es liegt also demnach im Ermessen des Auftraggebers, festzustellen, ob er den wettbewerblichen Dialog anwenden möchte, oder einem anderen Vergabeverfahren den Vorzug gibt. Jedoch gibt das Gesetz vor, dass ein besonders komplexer Auftrag nur dann vorliegt, „*wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist*“, die technischen Spezifikationen, mit denen Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können, oder die rechtlichen und finanziellen Konditionen des Vorhabens anzugeben (vgl. § 34 Abs. 2 BVergG 2006). Weiters ist beim wettbewerblichen Dialog stets nur das Bestbieterprinzip anzuwenden (vgl. § 159 Abs. 2 BVergG 2006).

Estermann vertritt die Meinung, dass das Tatbestandmerkmal der „*besonderen Komplexität*“ eher leicht zu erfüllen sein wird, da die besondere Komplexität mangels (technischer) Spezifikationen auch dann vorliegt, „*wenn der Auftraggeber zwar Spezifikationen (allenfalls auch in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen) angeben könnte, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse in irgendeiner Weise geeignet sind, jedoch keine Spezifikationen, die zur Ermittlung der für ihn bestgeeigneten Lösung führen*“ (siehe [8], Seite 25).

Der Verfahrensablauf ist in drei Stufen gegliedert:

- Präqualifikation
- Dialogphase

- Angebotsphase

In der Dialogphase werden mit den in der ersten Stufe ausgewählten Bewerbern gemeinsam Lösungsvorschläge auf Basis der Anforderungen des Auftraggebers erarbeitet. Der Auftraggeber kann die Wettbewerbssituation in der Dialogphase und der nachfolgenden Angebotsphase auch für eine Optimierung des Projektes nützen, da sowohl technische als auch rechtliche Auftragsbedingungen in der Dialogphase mit den Bewerbern in Form von Einzelgesprächen erarbeitet werden können. Dies eröffnet eine ideale Möglichkeit zur frühzeitigen Einbeziehung des Auftragnehmers samt dessen Know-how in eine gemeinsame Planungs- und Optimierungsphase unter Wettbewerbsbedingungen. Ebenso ist durch den wettbewerblichen Dialog im Vergleich zum Verhandlungsverfahren eine Ausschreibung zu einem noch früheren Zeitpunkt im Projekt möglich und der Auftraggeber könnte somit die Vorteile hinsichtlich Zeit- und Aufwandsersparnis in der eigenen Planung ausschöpfen. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass die Vorarbeiten des Auftraggebers gänzlich entfallen können, denn schließlich muss er im eigenen Interesse in der Lage sein, die Bedürfnisse und Anforderungen seines Projektes an die Bewerber bzw. Bieter zu transportieren (vgl. [1], Seite 169).

Der Auftraggeber ist in der Dialogphase auch berechtigt, anhand der vorher bekannt gemachten Zuschlagskriterien die Anzahl der Bewerber zu reduzieren. Dazu ist anzumerken, dass das Ausscheiden während der Dialogphase keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt. Erst mit der Beendigung der Dialogphase – dies ist allen Beteiligten bekannt zu geben – können ausgeschiedene Bewerber die Entscheidung des Auftraggebers anfechten. Jedoch muss der Auftraggeber die Gründe für die Nichtberücksichtigung nicht bekannt geben, „*sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde*“ (vgl. § 161 Abs. 5 BVergG 2006).

Es wird in der Dialogphase insbesondere das Know-how der Bewerber bei der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu bestimmten Aufgabenstellungen im Projekt maßgeblich sein, wobei die Qualität des jeweiligen Lösungsvorschlags unter technischen, funktionalen und die Kosten beeinflussenden Gesichtspunkten zu bewerten sein wird (vgl. [1], Seite 169).

In der Angebotsphase werden die verbleibenden Bewerber zur Angebotslegung über die Lösungsvorschläge eingeladen. Die Zuschlagskriterien dürfen zu Beginn der Angebotsphase noch vervollständigt und angepasst werden. Dazu ist als eine weitere, wesentliche Besonderheit des Vergabeverfahrens anzumerken, dass die Bieter ihre Angebote auf Verlangen des Auftraggebers „*klarstellen, präzisieren, fein abstimmen und ergänzen*“ (siehe § 162 Abs. 3 BVergG 2006) können und der Auftraggeber zudem berechtigt ist, das letzte Angebot des Bestbieters nachzuverhandeln (vgl. § 162 Abs. 5 BVergG 2006).

Estermann ortet in diesem Zusammenhang Probleme in der praktischen Abwicklung des Vergabeverfahrens aufgrund der Fragen, ob zum Beispiel bloß einzelne Bieter zu Angebotsänderung aufgefordert werden können oder Änderungen des Preises eine Änderung „*grundlegender Elemente*“ des Angebotes bedeuten (vgl. [8], Seite 29).

3.4 Gestaltung der Auswahl- und Zuschlagskriterien

Neben den bekannten und üblichen Auswahl- und Zuschlagskriterien gemäß den §§ 69 bis 76 BVergG 2006 ist bei einer Ausschreibung mit funktionaler Beschreibung des Leistungsumfanges insbesondere darauf zu achten, dass es für den Bewerber vorab erkennbar ist, nach welchen Aspekten der Auftraggeber die Kriterien bewertet. In jedem Fall unzureichend sind Kriterien, die nur mit „*Worthülsen und allgemeinen Begriffen ohne besonderen Sprachgebrauch*“ umschrieben sind (siehe BVA 15N-06/04-29 vom 29.03.2004 zum Auswahlkriterium „*architektonische Qualität*“ bei Referenzprojekten, Seite 41).

Bei Großprojekten ist es unter Umständen sinnvoll, den Bewerber und dabei insbesondere das angegebene Schlüsselpersonal im Rahmen eines Hearings zu den angegebenen Referenzen zu befragen, bzw. die Referenzen präsentieren zu lassen, um sich ein möglichst vollständiges Bild über die Fähigkeiten eines Bewerbers im Vergabeverfahren machen zu können. Bei entsprechender Vorbereitung des Hearings kann der Auftraggeber die Fähigkeit zur Zusammenarbeit des vom Bieter für den Auftrag vorgesehenen Teams in Erfahrung bringen oder sich zumindest einen Eindruck davon verschaffen (vgl. [1], Seite 161).

Als Zuschlagskriterien kommen neben dem Preis zum Beispiel das vom Bieter vorgeschlagene Optimierungspotential, verschiedene Qualitätskriterien (z.B.: technische und gestalterische Gesichtspunkte) aber auch das angebotene Schlüsselpersonal für das ausschreibungsgegenständliche Projekt in Frage, sofern letzteres nicht bereits in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens bewertet wurde. In diesem Fall ist jedoch besonderes darauf bedacht zu nehmen, dass das angebotene Schlüsselpersonal auch tatsächlich im Falle eines Zuschlages zum Einsatz kommt (z.B. durch eine Vertragsstrafe für das Austauschen von Schlüsselpersonal); weitere Zuschlagskriterien können zum Beispiel die Höhe der angebotenen Pönale bzw. allfällige Verlängerungen der Gewährleistungsfristen sein.

Der Preis bildet für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes vor allem bei Bauprojekten immer ein zentrales Element und ist somit ein zwingendes Zuschlagskriterium, dessen Bedeutung durch eine entsprechende Gewichtung gegenüber den anderen Zuschlagskriterien darzustellen ist. Fällt die Gewichtung zu gering aus, so kann das zu teuren Angeboten führen. Fällt sie zu hoch aus, wird dies zu Lasten der Optimierungs- und Qualitätskriterien zwar zu günstigeren Angeboten führen, jedoch bleibt unter Umständen das Optimierungspotential des Projektes teilweise ungenutzt (vgl. [1], Seite 162).

Wird die Ausnutzung des Optimierungspotentials des ausschreibungsgegenständlichen Projektes als Zuschlagskriterium herangezogen, so muss der Auftraggeber die Kriterien dafür näher spezifizieren. Wichtige Aspekte könnten dabei neben der bloßen Senkung der Baukosten durch echte Optimierungen unter anderem auch nachfolgende Punkte sein:

- Auswirkungen auf die Lebenszykluskosten (z.B. durch spezielle bautechnische Maßnahmen zur Reduktion des Energieverbrauches),
- Reduktion der Projektdauer bzw. Bauzeit (z.B. durch Anwendung spezieller Bauverfahren),
- Vorschläge zur technischen und organisatorischen Herangehensweise an das Projekt,
- Erhöhung der Benutzerfreundlichkeit des Gebäudes (z.B. durch besondere gestalterische oder technische Maßnahmen), etc.

Um das Optimierungspotential als sinnvolles Zuschlagskriterium heranziehen zu können, muss der Auftraggeber die Mindestanforderungen seines Projektes in den Ausschreibungsunterlagen definieren, „um einen Maßstab für die Vergleichbarkeit der Angebote zu schaffen“ (vgl. [7], Seite 60). Aufbauend auf diesen Mindestanforderungen können dann von den Bietern Optimierungen in Form von Alternativen angeboten werden. Daher ist es nach der Meinung der Verfasser unerlässlich, für die erfolgreiche Vergabe insbesondere bei funktional beschriebenen Leistungsumfang Alternativangebote zuzulassen. Das ist vor dem Hintergrund des § 81 Abs. 1 BVergG 2006 besonders hervorzuheben, der besagt, dass der Auftraggeber in seinen Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich anzugeben hat, ob Alternativangebote zugelassen sind. Wenn diese Festlegung fehlt, sind Alternativangebote unzulässig! Für Vergabeverfahren auf Basis einer funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges, welche zukünftig nach dem BVergG 2006 abgewickelt werden sollen, ist also darauf zu achten, dass Alternativangebote auch zugelassen werden, da nur über Alternativangebote echte Optimierungsvorschläge in einem Vergabeverfahren sinnvoll eingebracht werden können. Werden Alternativangebote nicht ausdrücklich zugelassen, nimmt sich der Auftraggeber selbst die Möglichkeit, von jenem Know-how der Bieter zu profitieren, das ihm bislang nicht bekannt gewesen ist.

Für den Fall, dass der Auftraggeber sich für die Beeinflussung der Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium entscheidet, muss berücksichtigt werden, dass die Beschreibung des Leistungsumfanges entsprechend zu gestalten ist, da gemäß § 97 Abs. 5 BVergG 2006 „*allfällige zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (z.B. Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung)*“ in die Beschreibung der Leistung aufzunehmen sind, „*falls deren Kosten ein Zuschlagskriterium bilden*“.

Grundsätzlich sind hinsichtlich der Gestaltung von Auswahl- und Zuschlagskriterien nach Meinung der Verfasser der Phantasie keine Grenzen gesetzt, sofern die Kriterien in Hinblick auf den Leistungsgegenstand sachlich gerechtfertigt, nicht diskriminierend, transparent und hinsichtlich ihrer Bewertung nachvollziehbar sind.

3.5 Bewertbarkeit von Alternativen

Elsner weist in seinen Ausführungen zur Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten auf Basis einer funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges insbesondere auf die Problematik der Anwendung von Qualitätskriterien für die Zuschlagsentscheidung hin, „*die auch auf inhaltlich noch nicht vorhersehbare Angebote passen*“, da normalerweise der Auftraggeber die angebotene Lösung noch gar nicht kennt. Elsner weiter: „*Angebote mit – insbesondere technisch – unterschiedlichen Lösungen erfordern aber andere Kriterien als nur den Preis, um das Angebot mit dem für den Auftraggeber besten Preis-/Leistungsverhältnis zu ermitteln.*“ (siehe [7], Seite 53). Er ist daher der Meinung, dass die Berechnung der Lebenszykluskosten alle kostenrelevanten Kriterien abdeckt und auch nach der Meinung der Verfasser als ein maßgebliches Zuschlagskriterium für die Bewertung von Alternativangeboten herangezogen werden soll.

Die übrigen Zuschlagskriterien wie zum Beispiel gestalterische Aspekte, besondere Ausstattungsmerkmale oder das angebotene Schlüsselpersonal zur Abwicklung des Auftrages müssen ebenso wie der Preis für alle Angebote – also auch für Alternativangebote – gleichermaßen definiert und angewendet werden. Dazu ist anzumerken, dass die Qualitätskriterien bei detaillierter Beschreibung des Leistungsumfanges (vgl. Pkt. 2.1) bereits vorgegeben sind und daher nicht gesondert bewertet werden müssen. In diesem Fall würde sich der Auftraggeber auch auf den Preis als einziges Zuschlagskriterium beschränken können (vgl. § 80 Abs. 3 BVergG 2006 und [7], Seite 60).

Da Alternativangebote bei funktionaler Beschreibung des Leistungsumfanges auch für den Auftraggeber nicht vorhersehbare Lösungsvorschläge bringen können, empfiehlt es sich, die Zuschlagskriterien nicht präzise zu gewichten, sondern in Margen (z.B. in Form einer Skala von eins bis zehn) anzugeben. „*Dann kann sich der Bieter zwar darauf einstellen, welche Aspekte dem Auftraggeber grundsätzlich wichtig sind, der Auftraggeber kann aber unter dem Eindruck der tatsächlich angebotenen Lösungswege im Rahmen der vorgegeben Margen eine sachliche Gewichtung verschiedener Aspekte treffen, um letztlich tatsächlich das Angebot mit dem für den Auftraggeber objektiv besten Preis-/Leistungsverhältnis beauftragen zu können.*“ (siehe [7], Seite 61).

Nach der Meinung der Verfasser kann die sachliche Gewichtung innerhalb der Margen zum Beispiel von einer Projektsteuerung des Auftraggebers vorgeschlagen werden und sollte in weiterer Folge von einer unabhängigen Bewertungskommission, die der Auftraggeber für das Auswahl- und Vergabeverfahren installiert, festgestellt werden. Dies objektiviert die Bewertung, bedeutet aber gleichzeitig auch einen entsprechenden Aufwand in der Vorbereitung der kommissionellen Bewertung (vgl. [1], Seite 164).

Eine Bewertungskommission ist zudem auch dann zielführend, wenn in der ersten Stufe eines Vergabeverfahrens bei der Auswahl der Bieter für die zweite Stufe eine Hearing-Runde der jeweiligen Projektteams stattfinden soll, aber auch zur Bewertung eventueller gestalterischer

Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterien, welche sich auf besondere Ausstattungsmerkmale eines Objektes beziehen.

4 Schlussfolgerung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die wesentlichen Chancen einer funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges in einer Verkürzung der Gesamtprojektdauer durch eine Ausschreibung in einer früheren Projektphase liegen, was sinnvoller Weise durch eine Einbindung des Auftragnehmers in eine gemeinsame Planungs- und Optimierungsphase ergänzt wird. Insbesondere kann mit dieser Einbeziehung des Auftragnehmers vor dem Hintergrund einer Erhöhung bzw. Verbesserung der Kosten- und Terminalsicherheit auch eine gemeinschaftliche Ausrichtung auf die Projektziele und dadurch eine verbesserte Identifikation des Auftragnehmers mit dem Projekt erreicht werden.

Dem gegenüber stehen als Gefahren bei öffentlichen Bauaufträgen eventuell erhöhte Risikozuschläge der Bieter bei der Angebotslegung infolge der lediglich funktional beschriebenen Leistungen, bzw. für die anzubietenden Alternativen, Lösungs- und Optimierungsvorschläge. Ebenso stellen die Transparenz der Auswahl- und der Zuschlagskriterien sowie die Bewertung der Alternativen Besonderheiten im Vergabeverfahren dar, von denen ein gewisses – teilweise auch abschreckendes – Gefahrenpotential ausgeht.

Auf die genaue Definition der Mindestanforderungen des Auftraggebers in funktionellen und qualitativen Belangen ist bei der funktionalen Beschreibung des Leistungsumfanges besonders zu achten, da diese eine Basis für die Vergleichbarkeit der angebotenen Alternativen, Lösungs- und Optimierungsvorschläge bilden.

Als Fazit bleibt mithin festzuhalten, dass die funktionale Ausschreibung einem Auftraggeber durchaus Vorteile bieten kann. Einmal mehr stellt sich aber heraus, dass – pointiert formuliert – Vergabeverfahren *gleich lang* sind: Entweder man verwendet die Zeit darauf, ein detailliertes Leistungsverzeichnis zu erstellen oder darauf, die (sehr verschiedenen) Lösungsansätze bei einer funktionalen Ausschreibung abzuwägen und zu bewerten; wer die notwendige Zeit weder auf die eine noch auf die andere Maßnahme verwendet, muss damit rechnen, dass er sie in einem Vergabekontrollverfahren aufwenden muss.

Literatur und Quellen

- [1] **Mathoi, Th.** „Maximalpreismethode – Bauprojektentwicklung als integrierter Planungs-, Realisierungs- und Managementprozess unter dem Aspekt einer Maximalpreisvereinbarung in Österreich – Projektphasen, Leistungsumfang, vertragliche Besonderheiten und vergaberechtliche Beurteilung“, Dissertation, Innsbruck, 2006
- [2] **Wais A., Mathoi Th.** „Bearbeitung von Mehrkostenforderungen in der Ausführungsphase - Leistungsbild, Honorarabschätzung und Kostentragung“, Schriftenreihe Bauwirtschaft und Projektmanagement, Beitrag für Heft Nr. 10: Mathoi, Wais (Hrsg.) "Aktuelle Fragen bei der Vergabe und Abwicklung von Dienstleistungs- und Bauaufträgen im öffentlichen Auftragswesen", Books on Demand GmbH, Norderstedt, 2005
- [3] **Oberndorfer, W., Jodl, H.G., u.a.** „Handwörterbuch der Bauwirtschaft“, ON-V 208, Österreichisches Normungsinstitut, Wien, 2001
- [4] **Messerschmidt, B., Thierau, Th.** „GMP-Modelle“, in Kapellmann, K. D., Messerschmidt, B. (Hrsg.): „VOB Teile A und B – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 58, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2003
- [5] **Thierau, Th.** „Das Bau-Soll beim GMP-Vertrag“, Beitrag zur Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Walter Jagenburg, Verlag C.H. Beck, München, 2002
- [6] **Mathoi, Th.** „Durchgängiges Baukostenmanagement – Ein Leitfaden für systematische Kostenplanung und -kontrolle bei Bauprojekten im Hochbau aus der Sicht des Planers bzw. Auftraggebers“, Schriftenreihe Bauwirtschaft und Projektmanagement, Heft Nr. 08, Books on Demand GmbH, Norderstedt, 2005
- [7] **Elsner, B.** „Bestbieterermittlung bei Alternativangeboten und funktionaler Leistungsbeschreibung“ in Schramm, J., Aicher, J. (Hrsg.): „Vergaberecht und PPP – Tagungsband zum 1. Jahresforum 2003“, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004
- [8] **Estermann, G.** „Wettbewerblicher Dialog – Vorgeschmack BVergG 2006“, Österreichische Bauzeitung, Ausgabe 43/2005
- [9] **Schwartz, W.** „Bundesvergabegesetz – Kurzkommentar“, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2003
- [10] **Tautschnig, A., Mathoi, Th., Tegtmeyer, G., Krauß, F.** „Fast-Track-Projektentwicklung im Hochbau“, Kapitel 4.4.4 in der 25. und 26. Aktualisierung der Loseblattsammlung „Projekte erfolgreich managen“, TÜV-Verlag, Köln, 2005