

Die Quadratur des Kreises?

Budget- und termingerecht Bauen mittels Totalunternehmervergabe

(BS/Henrik Vogt/Dr. Mathias Finke) Budget- und termingerechtes Bauen mit architektonischem und städtebaulichem Anspruch muss ein oberstes Ziel der öffentlichen Bauverwaltung sein. Dies scheint in der Beschaffungsrealität jedoch oftmals die Quadratur des Kreises zu sein. Dabei stehen längst praxiserprobte und mit hoher "Zielerfüllung" realisierte Instrumente des Vergaberechts zur Verfügung.

Ein Lösungsansatz sind Totalunternehmervergaben auf Grundlage funktionaler Leistungsbeschreibung. Der Totalunternehmer plant und baut das Objekt alleinverantwortlich und übernimmt durch die Planungsverantwortung das vollständige Mengenrisiko für den Auftraggeber. Bauen zum Pauschalpreis mit geringsten Nachtragsquoten von unter zwei Prozent für nicht übertragbare, eingetretene Risiken oder zusätzliche Nutzerwünsche sind das Ergebnis zahlreicher erfolgreich durchgeführter Vergabeverfahren. Zwar erfordert die Vorbereitung eines solchen Vergabeverfahrens Kompetenz und Zeit, da das Ergebnis der Gesamtmaßnahme vollständig vorausgedacht werden muss. Der auf dieser Basis dann aber mögliche umfassende Kosten- und Terminrisikotransfer auf den Auftragnehmer rechtfertigt den Aufwand allemal; schließlich wird mit öffentlichen Mitteln gebaut, was zur wirtschaftlich optimalen Bedarfsdeckung - möglichst ohne Ressourcen- und kostenintensives "Nachsteuern" in der Bauphase - verpflichtet.

Herzstück funktionale Leistungsbeschreibung

Ein Totalunternehmerverfahren muss im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit öffentlicher Vergabebekanntmachung gemäß § 3 EG Abs. 4 Nr. 3 VOB/A durchgeführt werden, welches auch unter Beachtung der grundsätzlich vorzuziehenden Losvergabe gerechtfertigt werden kann. Die Definition des Beschaffungsbedarfs muss dabei sorgsam und umfassend erfolgen. Die vorgezogene Eignungsprüfung der Teilnehmer auf Basis projektbezogener Kriterien ermöglicht es sodann, nur qualifizierte Architekturbüros und Bauunternehmen auf Grundlage der eingereichten jeweiligen Referenzen auszuwählen. Für die Qualität der Bieter und ihrer Angebote ist die Strukturierung des Teilnahmewettbewerbs bereits entscheidend. "Herzstück" des Erfolgs ist die funktionale Leistungsbeschreibung (FLB), das "vegetative Nervensystem" ist ein marktgerechter und umsichtig gestalteter Projektvertrag. Die FLB ist dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber im Wesentlichen nur die durch den angestrebten Nutzungszweck vorgegebenen Anforderungen eines Bauwerks auf Basis eines Raumprogramms beschreibt und funktionale und städtebauliche/ architektonische Rahmenbedingungen definiert. Der Auftraggeber beschreibt das Ziel, der Weg dorthin wird jedoch mit vielen Freiheitsgraden ausgestattet, um die jeweils beste Entwurfs-idee zur Lösung der Aufgabe nach Maßgabe der vorgegebenen preislichen und qualitativen



Dipl.-Ing. Architekt **Henrik Vogt** ist Niederlassungsleiter der Firma DU Diederichs Projektmanagement AG & Co. KG, Dr. **Mathias Finke** arbeitet als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht bei der Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbH. Foto: BS/privat

ven Kriterien zu finden. In der Praxis hat sich ein Preis-Leistungs-Verhältnis in der Wertungsmatrix von 60:40 häufig als wirtschaftlichste Form der Beschaffung erwiesen.

Architektonische Lösung integriert

Der Einwand, auf diese Art und Weise würde jede architektonische Qualität des öffentlichen Hochbaus dem Preisdiktat geopfert, ist falsch, nicht nachgewiesen, sondern empirisch widerlegbar. Eine durchdachte Wertungsmatrix steuert den Wettbewerb gerade auch über städtebauliche und architektonische Unter- und Mindestkriterien, sodass im Rahmen des Vergabeverfahrens ein dem Architektenwettbewerb vergleichbarer Entwurfswettbewerb um die beste städtebauliche und architektonische Lösung der Bauaufgabe integriert wird.

Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs werden bis zu fünf Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert. Funktionale Leistungsbeschreibung, Wertungsmatrix und Entwurf des Projektvertrages sind essenzielle Bestandteile der Vergabeunterlagen, um den Bietern angemessene Kalkulationsgrundlagen zur Verfügung zu stellen. Nach Eingang der ersten Angebote werden diese indikativ gewertet und alle Bieter zu Verhandlungen eingeladen. Auf Basis der Erkenntnisse dieser ersten Verhandlungsrunde erhalten die Bieter Gelegenheit, abschließende Angebote abzugeben, auf deren Grundlage das wirtschaftlichste Angebot ermittelt wird.

Die Totalunternehmervergabe auf Grundlage funktionaler Leistungsbeschreibung eignet

sich insbesondere für Neubauprojekte mit definierbarer Risikostruktur, d. h. geeignete Lage des Baugrundsstücks, untersuchte Bodenqualität etc., da hier die Vorteile der Freiheitsgrade zur Angebots-erstellung besonders genutzt werden können. Das Verfahren ist bei hohen Bestands- oder Änderungsrisiken wie z. B. bei Sanierungs- und Denkmalschutzprojekten weniger geeignet.

Ungeschminkter Kostenblick

Der wohl erwähnenswerteste Vorteil in der Totalunternehmervergabe besteht in der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung und in der konkurrenzlos frühen und hohen Kosten- und Terminalsicherheit für den Auftraggeber. Die Wirtschaftlichkeit ergibt sich daraus, dass bereits zu einer sehr frühen Projektphase eine Bauaufgabe in den Leistungs- und Preiswettbewerb gestellt wird und nicht wie konventionell eine meist ohne Wettbewerb ermittelte bauliche Lösung eines Planungsteams nur dem Preiswettbewerb unterstellt wird.

Für den Auftraggeber reduzieren sich außerdem die Schnittstellen und der Ressourcenverbrauch von der Planungs- über die Errichtungs- bis zur Gewährleistungsphase erheblich. Der Aufwand für das Vergabeverfahren erscheint einerseits zunächst verhältnismäßig hoch, er ist aber insgesamt nicht wesentlich höher als für die Durchführung einer Vielzahl von VOF- und VOB-Vergabeverfahren. Dieser Mehraufwand vor Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ermöglicht andererseits den ungeschminkten Blick auf die zu erwartenden Kosten und Termine vor der Auftragsvergabe, sodass insbesondere politische Entscheidungen über die Auftragsvergabe transparenter getroffen werden können. Ein weiterer nicht zu vernachlässigender Vorteil: Als Ergebnis steht die Quadratur des Kreises - budget- und termingerechtes Bauen mit architektonischem Anspruch!

Mehr zum Thema

Zusammen mit dem Behörden Spiegel thematisieren die Autoren im Rahmen eines Seminars am 24. November 2014 in Bonn die Vereinbarkeit der Totalunternehmervergabe mit den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen. Neben den Vor- und Nachteilen werden die wesentlichen Verfahrensschritte anhand von Praxisbeispielen ausführlich erläutert und typische "Stolperfallen" aufgezeigt.

Weitere Informationen und Anmeldung unter: http://www.fuehrungskraefte-forum.de/?page_id=5478

Entscheidungen zum Vergaberecht

► NACHUNTERNEHMER

Wenn Du geschwiegen hättest...

Verhängnisvolle Verschachtelung

Die Bietergemeinschaft A & B (BieGe) gibt in ihrer Bewerbung an, dass sie einen Teil der Leistung durch B selbst ausführen lassen will. Nach einem Bietergespräch fordert der Auftraggeber die BieGe auf, nun auch die Verpflichtungserklärungen der Nachunternehmer vorzulegen. Nunmehr vermerkt die BieGe auf der Nachunternehmerliste, dass die Leistung von B auch als Nachunternehmer eine Eigenleistung der BieGe sei. "Rein informativ" fügt sie hinzu, dass man sich vorbehalte, auch ein Unternehmen C in Form eines Lohnauftrages ins Boot zu holen. Der Gedanke dabei: B braucht als BieGe-Mitglied keine spezielle Eignungsnachweise und Verpflichtungserklärungen vorzulegen, C ist als Nachunternehmer von B davon auch nicht betroffen.

Die Vergabekammer sieht das anders. Sie versteht mangels Eindeutigkeit des Vermerkes C nicht als Nach-Nachunternehmer von B, sondern als Nachunternehmer der BieGe. Und damit hat die BieGe gleich zwei Ausschlussgründe produziert: Einerseits die Unklarheit darüber, wem denn nun tatsächlich die betreffenden Arbeiten auszuführen soll (B oder evtl. C), andererseits das Fehlen der Nachunternehmererklärung von C. C hätte als Nach-Nachunternehmer gar nicht benannt werden müssen.

VK Nordbayern (Beschl. v. 09.05.2014, Az.: 21. VK 3194/08/14)

► BUNDESWEHR

Keine Original-Patronen

OEM-Material für Drucker nicht nötig

Kann der Lieferant von Computerdruckern die Bundeswehr verpflichten, nur originale Drucker-Patronen nachzukaufen? Deren Beschaffungsabteilung jedenfalls wollte sich an die Hersteller-AGB halten und schrieb deswegen produktspezifisch aus. Das wiederum missfiel einem Lieferanten von nachgebauten und wiederbefüllten Patronen, der die Nachprüfung beantragte.

Die Entscheidungsgründe der Vergabekammer sind vielschichtig. Die Bundeswehr hat nämlich ihre Drucker von einer eigenen privatwirtschaftlichen Tochtergesellschaft ausgeliehen. Im Leihvertrag hat sie sich darauf festgelegt, die Auflage des Herstellers aus dessen AGB einzuhalten, zur Vermeidung des Verlustes von Gewährleistungsansprüchen nur dessen eigene Patronen zu verwenden. Diese AGB waren schließlich Grundlage des Liefervertrags für die Drucker.

Diese AGB aber können nach Meinung der Vergabekammer die Produktvorgabe nicht rechtfertigen. Der Liefervertrag sei seinerzeit nämlich rechtsfehlerhaft nicht aufgrund eines Vergabeverfahrens geschlossen worden. Wäre seinerzeit das Vergaberecht angewendet worden, hätte der Hersteller seine AGB nicht durchsetzen können. Vertragliche Restriktionen, die auf einem Vergabefehler beruhen, dürften aber nicht auf spätere Vergaben fortwirken. Die Patronen müssten daher produktneutral ausgeschrieben werden.

VK Bund (Beschl. v. 09.05.2014, Az.: VK 2-33/14)

► TRANSPARENZ

Zahlworte und Adverbien

Textanalyse einer Bekanntmachung

Von den Bietern um einen Auftrag zur Softwarelieferung wird der Auftraggeber Referenzen sehen. Dazu schreibt er in der Bekanntmachung in das Formularfeld "Angaben, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen": "Fünf Referenzen". Das Formularfeld "Mindestbedingungen" blieb leer und wurde daher im TED gar nicht angezeigt. Ein potenzieller Bieter rügte die Anzahl der geforderten Referenzen als zu hoch, weil er so viele nicht vorlegen konnte. Der Auftraggeber half der Rüge zwar ab, indem er erklärte, es genügt auch weniger, veröffentlichte dies aber nicht und setzte deswegen auch keine längere Angebotsfrist. Die restliche Frist war dem Bieter zu kurz. Der Streit landet schließlich vor dem OLG, vor dem der Auftraggeber erklärt, es sei doch aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen, dass fünf Referenzen keine Mindestbedingung gewesen sei.

Dem folgt der Senat nicht und betreibt dafür eine ausführliche Textanalyse. Die Verwendung des "Zahlwortes fünf" müsse ja irgendeine Bedeutung haben. Deswegen liege die Annahme nahe, dass dies eine Mindestzahl sei, selbst wenn der Auftraggeber das "Adverb mindestens" nicht hinzugesetzt habe. Eine Abgrenzung zur dem "Mindestbedingungen" in der Bekanntmachung sei auch nicht erkennbar gewesen, weil dieses Formularfeld ja gar nicht veröffentlicht worden war. Insofern sei die Bekanntmachung mindestens mehrdeutig. Die gebotene Berichtigung hätte bekannt gemacht werden müssen. Eine neue Angebotsfrist wäre erforderlich gewesen, weil zum Zeitpunkt der Korrektur nur noch sechs Tage zum ursprünglichen Fristende verblieben waren.

OLG Naumburg (Beschl. v. 30.04.2014, Az.: 2 Verg 2/14)

► BAUSTELLE

Plan einplanen

Wohin mit den Personalkosten?

Der Auftraggeber verlangt von den Bietern, dass sie einen Baustelleneinrichtungsplan erstellen und laufend fortschreiben sollen. Darin sind unter anderem die Standorte der aufzustellenden Krane anzugeben, die während der Bauzeit evtl. versetzt werden müssen. Für die "Anfertigung der Pläne" gibt er eine Position im Leistungsverzeichnis vor. Ein Bieter versteht das so, dass er dort lediglich die Kosten für die Blaupausen einpreist. Die Arbeitszeit kalkuliert er nicht gesondert: Sie würde ja vom Bauleiter erbracht, dessen gesamten Lohnkosten an anderer Stelle als Gemeinkosten kalkuliert seien. Der Auftraggeber sieht darin eine unzulässige Mischkalkulation und beachtet die Ausschuss.

Die Vergabekammer folgt dem Ansinnen nicht. Mangels klarer Anweisung des LV, an welcher Stelle die Lohnkosten des Bauleiters einzupreisen seien, es dem Bieter nicht verwehrt gewesen, sie vollständig in Baustelleneinrichtung einzurechnen. Es habe keine Verpflichtung bestanden, den minimalen Lohnanteil für derartige Arbeitsteile dort wieder herauszurechnen, um ihn bei der Planerstellung

lung gesondert zu berücksichtigen - zumal der tatsächliche Zeitaufwand für die Planerstellung kaum abschätzbar sei. Minimale Verschiebungen seien nicht geeignet, einen Ausschuss wegen einer Mischkalkulation zu rechtfertigen.

VK Südbayern (Beschl. v. 27.05.2014, Az.: Z3-3-3194-1-10-03/14)

► BAUZEIT

Schneller bauen

Voraussetzender Gehorsam schadet nur

Eineinhalb Jahre hat der Auftraggeber für die Ausführung seines Bauauftrages eingekalkuliert. So war die Ausführungszeit auch in den Vergabeunterlagen eindeutig vorgegeben. Dennoch erhoffte er sich von den Bietern Vorschläge für die Beschleunigung der Maßnahme und versprach dafür zusätzliche Wertungspunkte. Nebenangebote ließ er nicht zu. Von der Möglichkeit, sich durch Beschleunigung Wertungsvorteile zu verschaffen, machten mehrere Bieter Gebrauch. Allerdings schrieben sie nicht nur abstrakt ihre Vorschläge nieder, sondern rechnete die Beschleunigungseffekte gleich in ihre Angebote ein. Ergebnis war folglich eine Unterschreitung der fest vorgegebenen Ausführungszeit. Um die korrekte Zuteilung von Wertungspunkten für diese Zeiterparnis kommt es zum Streit vor der Vergabekammer.

Und die gelangt zu einem ganz anderen Schluss: Derartige Angebote sind allesamt auszuschließen. Eine abweichende Bauzeit anzubieten, verändere die Vergabeunterlagen und sei insofern nur im Rahmen eines "nichttechnischen Nebenangebotes" möglich. Nebenangebote aber waren nicht zugelassen.

VK Nordbayern (Beschl. v. 11.06.2014, Az.: 21.VK - 3194 - 12/14)

► VOB/C

Ungebrauchtes Material

Doppelte Verwendung unzulässig

Für die Arbeiten an einer Uferbefestigung will ein Bieter die Wassersteine, die später zur Befestigung benötigt werden, zwischenzeitlich nutzen, um eine Fläche zu stabilisieren, die er für die Baustelleneinrichtung benötigt. Dadurch werden erhebliche Materialkosten eingespart, denn die Steine sind nun bereits in den Kosten der Baustelleneinrichtung enthalten. Diese Absicht wird erst deutlich, als der Auftraggeber die hohen Kosten der Baustelleneinrichtung und die geringen Materialkosten hinterfragt.

Eine verbotene Mischkalkulation ist das nicht, meint die Vergabekammer. Auszuschließen sei das Angebot dennoch. Denn die VOB/C verlange ausdrücklich, dass "ungebrauchtes" Material zu verwenden sei. Steine aber, die zuvor schon von Lkws auf der Baustelle befahren worden seien, sind zweifelsfrei als "bereits gebraucht" zu klassifizieren. Das sei auch dann so zu beurteilen, wenn der Gebrauch auf der gleichen Baustelle stattfinde. Der Begriff "ungebraucht" schließe eine Mehrfachverwendung jedoch definitiv aus.

VK Südbayern (Beschl. v. 03.06.2014, Az.: Z3-3-3194-1-14-03/14)

Zusammenfassung der Entscheidungen: RA Dr. Rainer Noch, München und Unkel/Rh. (Böck Oppler Hering)

BESCHAFFUNG BRISANT

Fokus auf Pflege

(BS/ff) Die Bedeutung der Pflege aufgrund des demographischen Wandels ist unbestritten. Fachkräfte werden dringend gesucht. Aber wie sieht es mit der volkswirtschaftlichen Bedeutung aus? Beides will das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) untersuchen.

Ausländische Fachkräfte

Wie kann ein Modellvorhaben zur Ausbildung junger Vietnamesen zu Pflegekräften in Deutschland auf die Länder Thailand und Sri Lanka übertragen werden, ist die zentrale Frage eines Dienstleistungsauftrages. Nach vier Monaten sollen die Ergebnisse vorliegen.

Machbarkeitsstudie

In einem zweiten Verfahren sollen Möglichkeiten der Darstellung der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Pflege- und Seniorenwirtschaft erörtert werden. Dabei geht es auch um wirtschaftspolitische Optionen bei der bilateralen Zusammenarbeit, insbesondere mit China.