

Funktionale Leistungsbeschreibung oder nicht

# Auftraggeber muss sich entscheiden

Gibt der Auftraggeber den Bietern nur ein Leistungsziel oder eine Funktion vor und nicht eine detaillierte Leistungsbeschreibung, wird die als funktionale Leistungsbeschreibung oder – in der VOB/A – als Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bezeichnet. Natürlich besteht auch bei solchen Vergaben die Leistungsbeschreibung nicht in einem einzigen Satz, das wäre zum einen vergaberechtlich unzulässig, zum anderen hat der Auftraggeber in der Regel eine Vielzahl von Rahmenbedingungen und anderen Vorgaben, die der Bieter und spätere Auftragnehmer zu beachten hat.

Innerhalb dieser Vorgaben haben die Bieter Spielräume, die sie durch eigene Planungen ausfüllen können bzw. müssen. Bei einer echten funktionalen Leistungsbeschreibung führt dies dazu, dass sich die Angebote in vielen, vom Auftraggeber nicht als zwingend benannten Details unterscheiden können. Je mehr Spielraum der Auftraggeber den Bietern lässt, desto größer sind diese Unterschiede. Erst mit den Ergänzungen durch den Bieter wird diese Leistungsbeschreibung letztlich kalkulierbar (auch wenn natürlich in der Regel erhebliche Kalkulationsrisiken bleiben).

## Nähere Beschreibung führt zur Markteinengung

Die Gründe für die Wahl der funktionalen Leistungsbeschreibung können sehr unterschiedlich sein. Mal unterscheiden sich die marktgängigen Produkte (bei gleicher Funktion) so stark, dass jede nähere Beschreibung sofort zur Markteinengung führt. Mal geht es darum, die Innovationskraft der Bieter zu fördern. Oder die Leistung ist so komplex, dass eine vorherige Planung gar nicht möglich ist.

Das deutsche Vergaberecht fremdelt ein bisschen mit dieser Art der Leistungsbeschreibung. Erhält der Auftraggeber wirklich was er will? Wie kann man Angebote trotz ihrer Unterschiede mit einheitlichen Maßstäben messen?

Die funktionale Leistungsbeschreibung hat aus Sicht mancher Auftraggeber aber auch einen besonderen Vorteil, nämlich dass er nur mit gewissen Grundzügen der Planung in das Vergabeverfahren gehen muss. Dadurch spart sich der Auftraggeber erst einmal Planungsaufwand.

So sah es wohl auch der Auftraggeber in einem vom OLG



Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung sind immer weitere Zuschlagskriterien vorzusehen.

FOTO BILDERBOX

Düsseldorf entschiedenen Fall (OLG Düsseldorf vom 11. Dezember 2013, VII Verg 22/13). Er ging mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung in das Vergabeverfahren – allerdings mit einer Besonderheit. Er behielt sich nämlich vor, nach Zuschlag die Ausführungsplanung zu liefern. Der spätere Auftragnehmer sollte dabei an die Vorgaben der Ausführungsplanung gebunden sein. Dies hielt das OLG Düsseldorf für unzulässig. Denn bei einer solchen Vorgehensweise werden am Ende für den Bieter gewissermaßen die Nachteile der funktionalen Leistungsbeschreibung mit denen der detaillierten Leistungsbeschreibung kombiniert. Einerseits ist die funktionale Leistungsbeschreibung lückenhaft. Diese Lücken schließt der Auftragnehmer normalerweise durch

seine eigenen Planungen und kommt so zu einer eindeutigen und kalkulierbaren Leistung (oder zumindest einkalkulierten Risiken). In der Ausführung kann er dann aber auch so vorgehen wie er selber es geplant hat. Gibt aber der Auftraggeber die Ausführungsplanung später vor, muss der Auftragnehmer abweichend von seiner kalkulationsrelevanten Planung bauen. Letztlich ist diese Art der Leistungsbeschreibung eben keine funktionale, sondern eine unvollständige, normale Leistungsbeschreibung – mit dem Problem, dass sie nicht kalkulierbar ist.

Das OLG Düsseldorf hat dem Auftraggeber daher aufgegeben, sich klar für ein Modell zu entscheiden. Will der Auftraggeber die Leistung nur funktional beschreiben, muss er akzeptieren,

dass die Bieter die weitere Planung übernehmen und selbstständig eigene (Teil-)Planungen vornehmen. Der Auftraggeber muss dann (nur) die planerischen Leitplanken setzen. Will sich der Auftraggeber nicht von den Bietern abhängig machen und selber die Ausführungsplanung machen, so muss er diese vor Vergabe so weit bringen, dass die Leistung umfassend beschrieben und damit kalkulierbar ist.

In einer weiteren Entscheidung hatte das OLG Düsseldorf Gelegenheit, dem Auftraggeber Hinweise für den Umgang mit den notwendigerweise immer leicht unterschiedlichen Angeboten der Bieter zu geben (OLG Düsseldorf vom 11. Dezember 2013, VII Verg 22/13).

Mit diesen Unterschieden sind, so das OLG Düsseldorf, immer

auch gewisse Qualitätsunterschiede verbunden. Denkbar sind etwa unterschiedliche Unterhaltskosten oder andere Folgekosten, oft auch rein ästhetische Unterschiede, alles natürlich im Rahmen der Vorgaben des Auftraggebers.

## Qualitätsunterschiede im Wertungssystem darstellen

Diese Unterschiede lassen sich über den Preis alleine nicht bewerten, sondern nur über andere Zuschlagskriterien. Und das OLG Düsseldorf ist der Auffassung, dass wegen des zwangsläufigen Auftretens solcher Unterschiede der Preis bei funktionalen Leistungsbeschreibungen allein nicht für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich sein darf. Vielmehr

muss der Auftraggeber bei dieser Art der Leistungsbeschreibung von vornherein versuchen, diesen Qualitätsunterschiede in seinem Wertungssystem vorzugreifen und sie dann später berücksichtigen.

Das ist nachvollziehbar, denn ansonsten könnte es passieren, dass der Bieter die Leistung ganz allein in seinem eigenen Sinne „optimiert“ und der Auftraggeber zum Beispiel auf höheren Unterhaltskosten sitzen bleibt. Daher muss ein Auftraggeber schon aus Eigeninteresse an einer auch langfristig gesehen wirtschaftlichen Beschaffung bei der funktionalen Leistungsbeschreibung immer weitere Zuschlagskriterien vorsehen. Dies verlangt planerischen Einsatz, wird aber durch das wirtschaftliche Ergebnis belohnt. > FV

Eine einheitliche Vergabeentscheidung ist gefordert

## Die Tücken der Wertung

Gibt der Auftraggeber mehr als nur ein Wertungskriterium vor, muss er nach der Angebotswertung eine einheitliche Darstellungsweise finden, um zu einer einheitlichen Vergabeentscheidung zu kommen. Will der Auftraggeber also zum Beispiel Preis und Qualität berücksichtigen, wird er diese unterschiedlichen Kriterien in der Regel in ein Punktesystem umrechnen. Das klingt einfach, doch liegen die Tücken hier im Detail.

Auch bei einem solchen Punktesystem muss die Wertigkeit der Zuschlagskriterien gesichert sein. So muss es zum Beispiel möglich sein, kleine Unterschiede bei einem wichtigen Kriterium durch große Unterschiede bei einem anderen Kriterium ausgleichen zu können. Hat aber etwa schon der kleinste Preisunterschied massive Folgen bei den zu vergebenden Punkten, spielt die Qualität letztlich doch keine Rolle mehr.

Ein solches unzulässiges Punktesystem war Gegenstand einer Entscheidung des OLG Düsseldorf



Sind bei einem Angebot Preis und Qualität zu berücksichtigen, wird der Auftraggeber diese unterschiedlichen Kriterien in der Regel in ein Punktesystem umrechnen.

FOTO BILDERBOX

(22. Januar 2014, VII Verg 26/13). Danach sollte der preisgünstigste Bieter 100 Punkte beim Kriterium Preis erhalten, der teuerste 0 Punkte. Gehen aber nur zwei Angebote ein, erhält der zweite auch bei einem nur geringen Preisunterschied

diese 0 Punkte – und hat daher praktisch keine Chance, durch noch so erhebliche Qualitätsunterschiede nach vorne zu kommen. Daher hat das OLG Düsseldorf eine solche Vorgehensweise für unzulässig erklärt.

Nimmt man aber andere Urteile der Vergangenheit hinzu, so erscheint es zulässig, absolute Preisunterschiede mit Punkten zu versehen oder erst ab einem bestimmten Preisunterschied 0 Punkte anzusetzen. > FV

Änderung durch HOAI 2009

## Honorarzone nicht vorgeben

Mit der HOAI 2009 gab es eine Änderung, die möglicherweise erst jetzt praktische Auswirkungen zeigt: Nach § 1 HOAI gilt sie nur für Leistungen, die von Büros mit Sitz im Inland erbracht werden. In der Praxis hatte diese Regelung keine Auswirkungen, allein schon weil die Kenntnis des deutschen Baurechts bei ausländischen Büros nur ausnahmsweise gegeben ist.

Das scheint jetzt vorbei zu sein: Das OLG Koblenz hat eine Entscheidung auf diese Änderung gestützt und ist der Auffassung, der Auftraggeber dürfe den Bietern bei Planungsleistungen keine Honorarzone vorgeben, er soll also hierzu schweigen. Denn für Auftragnehmer ohne Sitz in Deutschland gelte die HOAI nicht und daher dürfe diesen auch eine (für sie nicht maßgebliche) Honorarzone nicht vorgeben werden.

Zu der alten Rechtslage hatte die VK Bund bereits 2001 entschieden, dass ein Auftraggeber verpflichtet sei, den Bietern die Honorarzone vorzugeben (VK Bund vom 22. August 2001, VK 2-

24/01). Letztlich sei nur so gesichert, dass alle Bieter die gleiche, objektiv richtige Honorarzone berücksichtigen. Die alte HOAI sollte unabhängig vom Sitz des Auftragnehmers immer dann gelten, wenn die Leistungen von einem deutschen Auftraggeber zu vergüten sind. Dies wurde als europarechtlich bedenklich angesehen und 2009 geändert.

Die Entscheidung des OLG Koblenz würde diese mehr als ein Jahrzehnt alte Praxis beenden. Die Argumentation des OLG Koblenz erscheint nachvollziehbar. Ob allerdings ein vollständiges Verbot, die Honorarzone zu nennen, die einzige Lösung ist, muss erst die zukünftige Rechtsprechung zeigen. Denkbar ist, um weiterhin vergleichbare Angebote zu erhalten, die Honorarzone nur für Bieter mit Sitz in Deutschland vorzugeben und anderen Bietern die Honorarermittlung offen zu lassen. Damit wäre für die erfassten Bieter auch bei schwierig zu ermittelnder Honorarzone die einheitliche Honorargrundlage sichergestellt. > FV