Bei diesem Beitrag handelt es sich um einen wissenschaftlich begutachteten und freigegebenen Fachaufsatz („reviewed paper").

Bewertung der Neufassung der VOB/A aus wettbewerblicher Perspektive

W. Himmel, A. Malkwitz

Zusammenfassung Im April 2016 wurde eine Neufassung der VOB/A verabschiedet, nachdem im Jahr 2014 eine neue europäische Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge erlassen worden war. Der vorliegende Beitrag untersucht einige Neuregelungen der VOB/A und zeigt, dass diese zum Teil den mit der Neuregelung verfolgten Zielen entgegenlaufen.
So ist nach der aktuellen Fassung der VOB/A die Wahl des nicht-offenen Verfahrens ohne besondere Voraussetzungen möglich, wodurch der Wettbewerb eingeschränkt wird und die Gefahr der Korruption steigt. Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Nebenangebote. Die VOB/A lässt es nun zu, dass auch bei Nebenangeboten der Preis als alleiniges Wertungskriterium gewählt werden kann. Da bei einem Nebenangebot außer dem Preis auch andere Aspekte wie Bauzeit und Qualität berührt werden, müssen diese Kriterien bei der Angebotswertung auch berücksichtigt werden. Die Möglichkeit des Bauherrn, eine Abgabe von Nebenangeboten zu verlangen, bringt keine Vorteile, da Nebenangebote das Ergebnis einer schöpferischen Tätigkeit des Bieters sind und ihr Ausarbeiten daher nicht verordnet werden kann. Eine Verkürzung der Mindestangebotsfristen gegenüber der früheren Fassung der VOB/A kann sich bei der Angebotsbearbeitung nachteilig auswirken.
Die Autoren schlagen vor, bei einer künftigen Fortschreibung der VOB/A das Zwei-Couvert-Verfahren optional zur Verfügung zu stellen. Dieses Verfahren stellt sicher, dass der Bieter den Angaben des Nachfragers zur Wichtigkeit der Vergabekriterien vertraut, woran es derzeit mangelt.

Evaluation of the new VOB/A version from a competitive perspective

Abstract In April 2016, a new version of the VOB/A was adopted after a new European directive for the award of public construction contracts had been enacted in 2014. The present contribution examines some of the new regulations of VOB/A and shows that these are partly contrary to the objectives pursued with the revision.
Thus, the current version of the VOB/A permits the selection of the restricted procedure without the requirement of special prerequisites which constitutes a restraint of competition and an increased risk of corruption. A further point of criticism concerns the subsidiary offers. The VOB/A now permits that even in the case of subsidiary offers the price can be chosen as the only evaluation criterion. As – beside the price – subsidiary offers also cover other aspects such as construction period and quality, these criteria, too, have to be considered in the evaluation of bids. The possibility of the owner to request the submission of subsidiary offers does not constitute an advantage, since subsidiary offers are the result of creative work done by the bidder the performance of which can therefore not be prescribed by the owner. A shortening of the minimum tender periods compared to the previous version of the VOB/A can be detrimental to the elaboration of the offer.
The authors suggest, that in future follow-up versions of the VOB/A the "two-envelope procedure" be made available as an option. This procedure ensures that the bidder can place confidence in the statements of the beneficiary regarding the importance of the contracting criteria, which is presently not the case.

Dr.-Ing. Dipl.-Wirt. Ing. Wulf Himmel
Projektleiter bei einem Unternehmen der Wasserwirtschaft in Essen und Lehrbeauftragter am Institut für Baubetrieb und Baumanagement
Ewald-Sprave-Weg 15, 44 227 Dortmund
himmel.wulf@gmx.de
Tel. 01 70 / 5 63 76 93

Prof. Dr.-Ing. Alexander Malkwitz
Universität Essen
Leiter des Instituts für Baubetrieb und Baumanagement
Universitätsstraße 15, 45 141 Essen
alexander.malkwitz@uni-due.de
Tel. 02 01 / 183 – 28 48

1 Einleitung

Die europäische Union hat hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Bauaufträge eine Richtlinienkompetenz. Die von der EU beschlossenen Richtlinien entfalten in den Mitgliedsländern nicht unmittelbar Wirkung, sondern müssen in die jeweiligen nationalen Gesetzgebungen übertragen werden. Die nationalen Regelungen müssen nicht wörtlich von den europäischen Vorgaben übernommen werden, aber sie dürfen dem Regelungssinn der europäischen Vorgaben nicht widersprechen. Die speziellste Regelung, durch die in Deutschland die Vergabe öffentlicher Bauaufträge bundesweit einheitlich geregelt wird, ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A). Die Vorgaben der europäischen Kommission gelten erst oberhalb eines als Schwellenwert bezeichneten Auftragswertes für Bauaufträge von aktuell 5,225 Millionen Euro netto. Der erste Abschnitt der VOB/A trifft Regelungen zu Vergaben unterhalb des Schwellenwertes, während der zweite Abschnitt der VOB/A Regelungen zu Vergaben oberhalb des Schwellenwertes trifft. Der vorliegende Artikel befasst sich mit dem zweiten Abschnitt der VOB/A.
Nachdem die europäische Kommission zum Februar 2014 eine neue Richtlinie zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [1] erlassen hatte, wurde in Deutschland die VOB/A in neuer Fassung zum 18. April 2016 verabschiedet. Die Bundesregierung verfolgte dabei das Ziel, die Richtlinie „Eins zu Eins" [2] in nationales Recht umsetzen.
Der vorliegende Artikel setzt sich mit der Neufassung der VOB/A auseinander. Die wesentlichen Kritikpunkte betreffen dabei die Gleichberechtigung des nicht-offenen mit dem offenen Vergabeverfahren, die Zulassung und Wertung von Nebenangeboten, die Möglichkeit des Bauherrn, die Abgabe eines Hauptangebotes zu verlangen, wenn Nebenangebote zugelassen sind, und die Verkürzung der Mindestfristen. Gegenüber der vorherigen Fassung der VOB/A stellt die Neufassung hinsichtlich der angesprochenen Aspekte nach Ansicht der Verfasser einen Rückschritt dar.

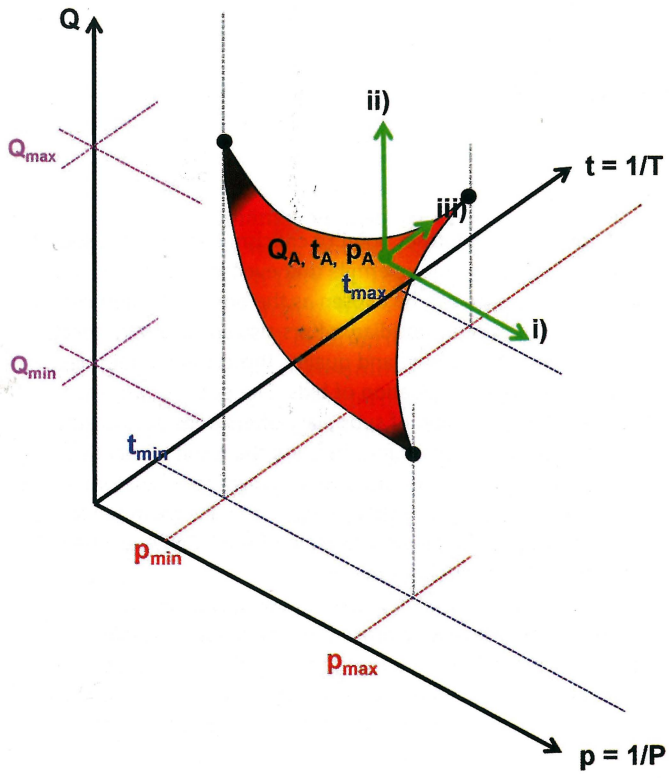

Bild 1. Iso-Nutzenfläche
Fig. 1. Iso utility plane

Der Artikel schließt mit dem Vorschlag, bei einer künftigen Fortschreibung der VOB/A die sogenannte Zwei-Couvert-Methode als Wahlmöglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber vorzusehen, die bei der Auftragsvergabe in anderen Regelungsregimen bereits erfolgreich eingesetzt worden ist. Mit diesem Verfahren kann das Vertrauen der Bieter in die Angaben des Nachfragers erhöht werden.

2 Ziele der europäischen Richtlinie

Dem Text der europäischen Richtlinie 2014/24/EU – im Folgenden als aktuelle Richtlinie oder als Richtlinie bezeichnet – sind Gründe vorangestellt, die zu einer Neufassung geführt haben, und es werden die mit der Neufassung verfolgten Ziele benannt: Die Förderung des Wettbewerbs findet sich mit Grund Nr. 1 [1] an erster Stelle der Auflistung und ist damit als überragendes Ziel zu verstehen. Auch die Förderung des Innovationsgeschehens nimmt eine wichtige Stellung ein, Gründe 47, 74, 95 und 123 in [1]. Die Belange der kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) sollen gemäß Grund 78 in [1] in besonderem Maße Berücksichtigung finden. Die Zulassung von Nebenangeboten, in der Richtlinie als Varianten bezeichnet, wird ausdrücklich begrüßt, Grund 48 in [1]. Diese Gründe und Ziele sind allesamt vernünftig und allgemein anerkannt. Die Richtlinie selbst gibt damit aber auch den Maßstab vor, an dem die jeweiligen Regelungen zu messen sind.

3 Wesentliche Kritikpunkte an der Neufassung der VOB/A

3.1 Bedingungslose Wahlmöglichkeit des nicht-offenen Verfahrens

Gegenüber der früheren Fassung lässt der zweite Abschnitt der neuen VOB/A nun zu, dass das nicht-offene Verfahren gleichberechtigt zum offenen Verfahren gewählt werden kann. Ausnahmetatbestände müssen nicht vorliegen. Die frühere Fassung der VOB/A hatte aus guten Gründen das nicht-offene Verfahren nur in Ausnahmefällen zugelassen. Die Wahl des nicht-offenen Verfahrens, die nun ohne das Vorliegen besonderer Bedingungen möglich ist, schränkt ceteris paribus den Bieterkreis ein, was die mit einer Einschränkung des Marktes immer einhergehenden Folgen haben wird: Die Zahl der Bieter sinkt, die Gefahr der Korruption wächst, die Preise steigen, die Innovationstätigkeit nimmt ab. Das offene Verfahren gewährleistet das optimale Marktgeschehen und sollte daher Vorrang genießen.

3.2 Nebenangebote

3.2.1 Nebenangebote aus volkswirtschaftlicher Sicht

Marktinstrumente sind dann volkswirtschaftlich sinnvoll, wenn sie sowohl der Nachfrage- wie auch der Angebotsseite einen Nutzen bringen. Im Bauwesen ist das Nebenangebot ein solches Instrument. Anhand eines Modells [3] wird gezeigt, dass die Zulässigkeit von Nebenangeboten volkswirtschaftliche Vorteile bringt. Das Modell kann auch zeigen, welche Anforderungen an die Wertung von Nebenangeboten zu stellen sind.

Der Nutzen des Bauherrn, den dieser aus der Erstellung eines Bauwerks zieht, ergibt sich aus den drei Parametern Preis P, Qualität Q und Bauzeit T. Zum Folgenden siehe **Bild 1**. An den Achsen sind der Kehrwert des Preises, p = 1/P, der Kehrwert der Bauzeit, t = 1/T, und die Qualität Q angetragen. Jeder Kombination der drei Parameter p, Q, t kann dann ein Nutzen zugewiesen werden. Bild 1 zeigt eine Fläche gleichen Nutzens (Iso-Nutzenfläche), wie sie sich für unterschiedliche Kombinationen der Parameter ergibt. Bei sonst gleichen Voraussetzungen steigt der Nutzen bei Entfernung vom Ursprung bei jeder Achse an. Punkte, die zwischen dem Ursprung und der Iso-Nutzenfläche liegen, repräsentieren einen geringeren Nutzen, solche oberhalb der Iso-Nutzenfläche repräsentieren einen höheren Nutzen.

Die Iso-Nutzenfläche ist konvex. Sie stellt damit eine Ausweitung der bekannten, zweidimensionalen Indifferenzkurven nach Cobb-Douglas in den dreidimensionalen Raum dar. In Bild 1 weist die Fläche drei Eckpunkte auf, die sich aus den Schnittpunkten von sechs Ebenen wie folgt ergeben:

Preis P: Ein finanzieller Mindestaufwand ist notwendig, anderenfalls kann das Bauwerk nicht hergestellt werden, damit Grenze p_{max}. Über eine gewisse Grenze hinaus können auch mit einem größeren Aufwand von Geld weder eine Qualitätssteigerung noch eine Bauzeitverkürzung erreicht werden, damit Grenze p_{min}.

Qualität Q: Eine bestimmte Mindestqualität ist notwendig, damit das Bauwerk seinen Zweck erfüllt; damit Q_{min}. Über eine bestimmte Grenze hinaus kann die Qualität nicht mehr sinnvoll gesteigert werden, eine Funktionsverbesserung kann nicht mehr erreicht werden; damit Q_{max}.

Bauzeit: Eine bestimmte Zeitdauer muss zum Bau eines Bauwerks akzeptiert werden, eine weitere Verkürzung der minimalen Bauzeit ist nicht möglich, da sich anderenfalls die Arbeiter und Maschinen gegenseitig behindern; damit t_{max}. Ein Akzeptieren einer über ein bestimmtes Maß hinausgehenden Bauzeit bringt auf

der anderen Seite weder eine zusätzliche finanzielle Ersparnis noch eine größere Qualität, damit t_{min}.

Die VOB/A unterscheidet zwischen der „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“ und der „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“. Im vorliegenden Text wird für die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis der Begriff „konstruktive Leistungsbeschreibung“ und für die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm der Begriff „funktionale Leistungsbeschreibung“ verwendet. Bei Wahl einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind die Parameter Q und T (damit t) vor Einholung der Angebote definiert. Mit Schätzung eines Angebotspreises kann der Bauherr den erwarteten Nutzen ermitteln; in Bild 1 ist der entsprechende Punkt auf der Iso-Nutzenfläche mit den Koordinaten p_A, Q_A, t_A markiert. Gegenüber diesem Punkt ist eine Nutzensteigerung nur durch einen geringeren Preis (also höheres p) möglich, andere Freiheitsgrade stehen nicht zur Verfügung. Wenn Nebenangebote zugelassen sind, so stehen neben dem Preis auch die beiden Parameter Q und t als Freiheitsgrade zur Verfügung. Nutzensteigerungen sind damit durch Bewegungen entlang aller drei der in Bild 1 in grüner Farbe dargestellten Pfeile möglich.

Bei Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist der Bieter in der Wahl der Angebotsparameter frei. Mit **Bild 2** wird dies verdeutlicht. Dem Bieter wird vorgegeben, die Mindestqualität Q_W einzuhalten.

Für den Bauherrn interessante Angebote werden demnach durch die rot gefärbte, parallel zur p-t-Ebene verlaufende Fläche repräsentiert. Oberhalb der roten Fläche können weitere Flächen, die zum Ursprung hin durch die Iso-Nutzenfläche begrenzt werden, eingetragen werden. Während bei Angeboten auf eine konstruktive Leistungsbeschreibung lediglich ein Parameter als Angebotsvariable zur Verfügung steht (nämlich p), sind bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung alle drei Parameter p, Q, t veränderlich. Damit ist die Angebotsvielfalt bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ceteris paribus größer als bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung. Der gleiche Effekt lässt sich aber auch dadurch erzielen, dass bei Wahl einer konstruktiven Leistungsbeschreibung die Abgabe von Nebenangeboten zugelassen wird. Hier stellt der Angebotspunkt p_A, Q_A den Ausgangspunkt für die über Nebenangebote formulierten Angebote dar. Damit wird auch deutlich, dass ein Angebot auf Grundlage einer konstruktiven Leistungsbeschreibung mit der Zulassung von Nebenangeboten ein Spezialfall eines Angebotes auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist.

Je mehr Informationen dem potenziellen Bieter über die Präferenzen des Nachfragers bekannt sind, desto besser ist der Bieter in der Lage, für den Nachfrager interessante Angebote auszuarbeiten. Um Angebote auszuschließen, die vom Nachfrager nicht akzeptierte Grenzen unter- oder überschreiten, muss dieser Mindestanforderungen nennen. Der Bauherr muss auch mitteilen, mit welcher relativen Wichtigkeit er die jeweiligen Kriterien bewertet. Er muss letztlich angeben, wie viele Einheiten an Bauzeit und Preis ihm der Zugewinn einer Qualitätseinheit wert ist. Wenn die Bieter die Freiheit haben sollen, von der konstruktiven Leistungsbeschreibung abzuweichen, dann müssen diese Abweichungen auch beurteilt werden.

Im modelltechnischen Idealfall teilt der Nachfrager den potenziellen Bietern also die Form seiner Iso-Nutzenfläche mit; macht also auch Angaben über den Preis. Angenommen wird dasjenige Angebot, das den höchsten Nutzen verspricht.

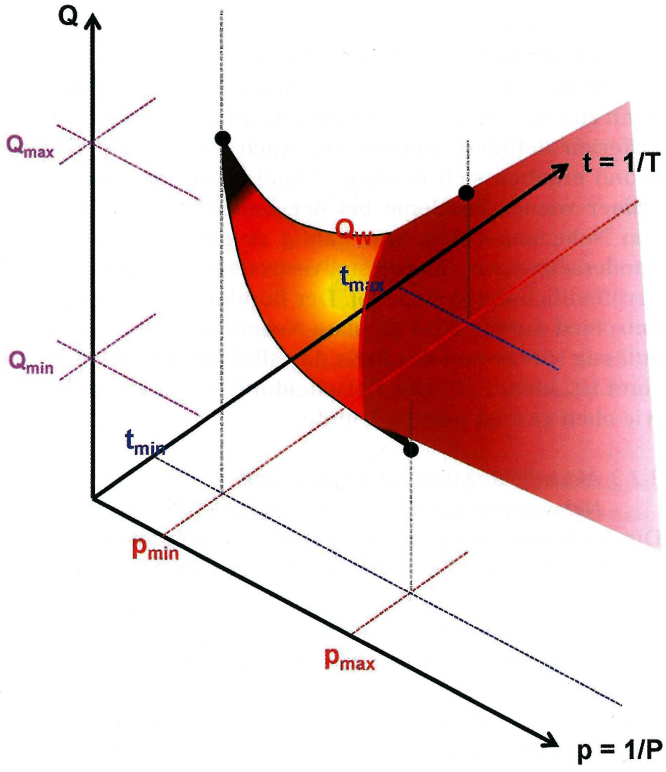

Bild 2. Nutzensteigerung bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung durch geringeren Preis und kürzere Bauzeit
Fig. 2. Utility increase for a functional specification due to lower price and shorter construction period

Das Modell zeigt, dass der Nutzen des Nachfragers, also des Bauherrn, durch Zulassung von Nebenangeboten steigen kann, eine gegenteilige Wirkung, also ein Sinken des Nutzens des Bauherrn, ist ausgeschlossen – ein handwerklich fehlerhaftes Nebenangebot oder eine fehlerhafte Prüfung eines Nebenangebotes kann das Modell jedoch nicht abbilden. Die Bieterseite profitiert ebenfalls von der Möglichkeit der Abgabe von Nebenangeboten, indem der Marktzugang und Innovationen erleichtert werden. Damit kann festgestellt werden, dass die Zulässigkeit von Nebenangeboten volkswirtschaftlich sinnvoll sind.

Die ausschließliche Betrachtung eines der Angebotsparameter, beispielsweise des Preises, ist nicht sinnvoll, und zwar letztlich deswegen, weil sich der Nutzen des Nachfragers nicht aus einem einzelnen Parameter ergibt. Wenn Nebenangebote zugelassen sind und der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, kann dies zu folgender Situation führen: Ein Nebenangebot mit einer wesentlich höheren Qualität bei gleichzeitig marginal höherem Preis als das günstigste Hauptangebot wird abgegeben. Dieses Nebenangebot darf nicht angenommen werden – wegen einer minimalen Ersparnis dürfte also ein sehr großer Qualitätsvorteil nicht verwirklicht werden. Im umgekehrten Fall gilt: Ist ein Nebenangebot marginal billiger als das Hauptangebot, verspricht aber bei Einhaltung der Mindestanforderungen eine schlechtere Qualität als das Hauptangebot, so müsste das Nebenangebot angenommen werden – in diesem Falle würde für einen geringen finanziellen Vorteil eine schlechtere Qualität eingekauft. Solche Ergebnisse sind nicht im Sinne der neuen Richtlinie.

3.2.2 Frühere rechtliche Auseinandersetzungen zur Wertung von Nebenangeboten

Die frühere Richtlinie sah vor, dass Nebenangebote nur dann zugelassen werden durften, wenn mehrere Wertungskriterien definiert wurden [4]. Auch vor diesem Hintergrund ergaben sich in Deutschland in der Vergangenheit immer wieder Probleme bei der Zulassung und Wertung von Nebenangeboten, was häufig zu gerichtlichen Auseinandersetzungen führte; stellvertretend für viele andere Veröffentlichungen siehe [5]. Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied Anfang 2014 [6], dass Nebenangebote dann nicht zulässig sind, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist, hierzu [7]. Die Entscheidung war logisch richtig, wie oben gezeigt werden konnte.

3.2.3 Aktuelle Vorgaben zur Wertung von Nebenangeboten nach Richtlinie und VOB/A

Die Richtlinie nennt als zwingendes, übergeordnetes Zuschlagskriterium die Wirtschaftlichkeit. In Art. 67 Abs. 1 heißt es dazu: „Die öffentlichen Auftraggeber erteilen ... den Zuschlag auf der Grundlage des wirtschaftlich günstigsten Angebots." Art. 67 Abs. 2 definiert die Wirtschaftlichkeit näher, wobei der Preis als ein Kriterium unter mehreren genannt wird. Art. 67 Abs. 2 führt ausdrücklich auf, dass die Mitgliedsstaaten ausschließen dürfen, dass der Preis als das alleinige Zuschlagskriterium gewählt wird. Die Mitgliedstaaten hatten also durchaus Spielraum, zum Beispiel bei der Zulassung von Nebenangeboten den Preis als alleiniges Kriterium auszuschließen.

Im hier betrachteten zweiten Teil der VOB/A, § 8 EU Abs. 2 Nr. 3, heißt es: „Es ist auch zulässig, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist." Eine Beschränkung, dass dies nicht für Nebenangebote gilt, gibt es nicht. Tatsächlich hat der Autor der VOB/A damit von seinem Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Wertungskriterien keinen Gebrauch gemacht; das Prinzip der Übernahme „Eins zu Eins" wurde in diesem Fall sogar restriktiv ausgelegt.

Es ist zu befürchten, dass die erst 2014 durch den BGH geschaffene Rechtssicherheit wieder infrage gestellt wird. Eine solche, zumal vorhersehbare Rechtsunsicherheit läuft dem Ziel der Richtlinie, nämlich dem Befördern von Nebenangeboten und der Förderung von Innovationstätigkeit, zuwider. Die zitierte Regelung ist ein Rückschritt, da die Anwendung von Nebenangeboten nicht gefördert wird und sie sich sogar negativ auf den Bauherrn auswirken kann.

3.3 Obligatorische Abgabe eines Hauptangebotes bei Abgabe eines Nebenangebotes

Nach Art. 45 Abs. 2 der neuen Richtlinie ist es den Bauherren möglich, auf der Abgabe eines Hauptangebotes zu bestehen, wenn ein Nebenangebot abgegeben werden soll. Auch diese Regelung wurde mit § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 in den 2. Abschnitt der neuen VOB/A übernommen.

Potenzielle Bieter, die zu einer Ausschreibung ein Nebenangebot abgeben wollen, werden damit von der Abgabe eben dieses Nebenangebotes ausgeschlossen, wenn sie kein Hauptangebot abzugeben beabsichtigen. Gründe, ein Hauptangebot nicht abgeben zu wollen, können sein:

- Das Unternehmen kann die in den Vergabeunterlagen beschriebene Leistung nicht erbringen, weil es darauf nicht eingerichtet ist.
- Das Unternehmen will die beschriebene Leistung nicht anbieten, weil es auf diesem Gebiet seine Wettbewerbssituation weniger gut einschätzt.

In diesem Fall ist das Unternehmen aber gleich ganz vom Markt ausgeschlossen. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen ist die Möglichkeit, Nebenangebote unterbreiten zu können, wichtig. Entgegen der Ziele der Richtlinie werden auf diese Weise weder die KMU noch die Innovationstätigkeit gefördert, stattdessen wird ein bürokratischer Formalismus gefördert.

Bauunternehmen, die eigentlich nur ein Nebenangebot abgeben wollen, sich aber gezwungen sehen, auch ein Hauptangebot abgeben zu müssen, könnten zur Erfüllung der formalen Anforderungen ein Hauptangebot abgeben, welches nicht beauftragt werden wird, zum Beispiel wegen überzogener Preise oder formaler Fehler; sie würden also ein Angebot erstellen und abgeben, welches nicht beauftragt werden soll. Dieses Angebot müsste auf Auftraggeberseite geprüft werden, und zur Zufriedenheit des Bieters würde es nicht angenommen. Das Erstellen und Prüfen eines solchen Angebotes ist aber eine Zeitverschwendung und damit volkswirtschaftlich nicht sinnvoll. Es ist kein Grund erkennbar, der für diese Regelung spricht.

3.4 Ausweichen auf funktionale Leistungsbeschreibung nicht sinnvoll

Um die vermeintlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Nebenangeboten zu umgehen, können Auftraggeber die Idee verfolgen, statt einer konstruktiven eine funktionale Leistungsbeschreibung zu wählen. Dabei stellt sich aber dasselbe Problem der Bewertung der jeweiligen Angebote; oben wurde gezeigt, dass ein Nebenangebot bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung der Spezialfall eines Angebotes auf eine funktionale Leistungsbeschreibung ist. Bei Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung müssen Mindestanforderungen ebenso definiert werden wie verschiedene Zuschlagskriterien.

Die aktuelle Richtlinie schreibt wie die frühere Richtlinie zur Art der Leistungsbeschreibung explizit nichts vor. Unter Grund Nr. 74 der aktuellen Richtlinie ist aber angeführt, dass eine funktionale Leistungsbeschreibung geeignet sei, Innovationen zu fördern. Der Verfasser führte eine Umfrage bei Bauherren, Planern und Bauunternehmen durch, bei der unter anderem danach gefragt wurde, ob eine funktionale Leistungsbeschreibung als besser angesehen wird, innovative Lösungen anbieten zu können. Zwischen 2/3 bis 3/4 der Befragten gaben an, dass eine funktionale Leistungsbeschreibung zum Anbieten innovativer Lösungen besser geeignet ist, wobei die maximale Differenz der Beurteilung zwischen den Parteien etwa elf Prozentpunkte ausmacht und damit eher gering ist.

Mit einer weiteren Frage wurde geprüft, ob eine funktionale Leistungsbeschreibung Anlass von Meinungsverschiedenheiten über das Bausoll bietet [3]. Auch hier wurden wieder die drei Parteien Bauherren, Planer und Bauunternehmen befragt. Mit Werten zwischen 85 % und 87 % gaben die Befragten an, dass eine funktionale Leistungsbeschreibung Anlass zu Streitigkeiten über das Bausoll geben kann. Dieses Problem beschreiben auch andere Autoren [8]: „Zudem führt eine unklar definierte Bauleistung ... zu Unklarheiten bei den Bieterunternehmen und verhindert auch bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung einen effizienten, zielorientierten Ausschreibungsprozess." Eine fehler-

oder lückenhafte Planung kann durch Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung nicht geheilt werden.

Die VOB/A lässt damit auch in ihrer aktuellen Fassung die funktionale Leistungsbeschreibung mit gutem Grund nur in Ausnahmefällen zu. Sie eignet sich für Bauleistungen, die einfach zu beschreiben sind, oder bei denen die äußere Gestalt oder die Konstruktionsweise nur eine untergeordnete Rolle spielen. Beispiele können Abbrucharbeiten sein, oder auch eine Baugrube mit geringer Tiefe in einfachen Baugrundverhältnissen, bei der für den Bauherrn lediglich die Geometrie von Interesse ist.

Mit Vorgabe der konstruktiven Leistungsbeschreibung als Regelfall hat der Verfasser der VOB/A von seinem Gestaltungsrecht sinnvollen Gebrauch gemacht, indem er einen Sachverhalt geregelt hat, zu dem die europäische Richtlinie keine Vorgabe macht.

3.5 Verkürzung der Angebotsfristen

Während die frühere europäische Richtlinie beim offenen Verfahren für die Abgabe von Angeboten eine Mindestfrist von 52 Tagen vorsah, sieht die aktuelle Fassung eine Frist von 35 Tagen vor. Bei anderen Vergabeverfahren zeigen sich ebenfalls deutliche Verkürzungen der Mindestfristen; [9]. Die VOB/A hat diese Verkürzung der Mindestfristen übernommen. Einige Auftraggeber werden sicherlich die Mindestfrist wählen, um für ihr Projekt einen Zeitvorteil erzielen zu können; im Verhältnis zur Laufzeit eines Projektes insgesamt ist aber ein Zeitgewinn von 17 Tagen ohne jede Bedeutung – zumal es hier um Aufträge oberhalb des Schwellenwertes geht. Eine kürzere Angebotsfrist geht zulasten der Sorgfalt der Angebotsbearbeitung, was neben unangemessen hohen und eben auch unangemessen niedrigen Preisen auch weniger Nebenangebote zur Folge haben kann. Die Verkürzung der Mindestfristen wirkt damit den Zielen der Richtlinie entgegen. Eine Staffelung der Mindestfristen in Abhängigkeit der Größe der Ausschreibung könnte hilfreich sein.

4 Untersuchungen zu Präferenzen der Nachfrager

Eine Umfrage zeigte, dass die Nachfrageseite hinsichtlich der Wichtigkeit der Bewertungskriterien tatsächlich andere Prioritäten hat, als sie die Planungsbüros und die Bieterseite vermuten. Die Bauherren wurde gefragt, wie wichtig ihnen die Kriterien Preis, Qualität und Bauzeit bei der Vergabe eines Bauauftrages sind, und die Planer und Bauunternehmen wurden gefragt, was sie glauben, wie wichtig den Bauherren die genannten Kriterien sind. Die Ergebnisse sind in **Bild 3** dargestellt [3]. Je höher hierbei die Punktezahl ist, desto wichtiger wird das Kriterium bewertet. Die Angaben der Bauherren sind in grüner Farbe, die Angaben der Planer und Bauunternehmen in gelber bzw. blauer Farbe gehalten.

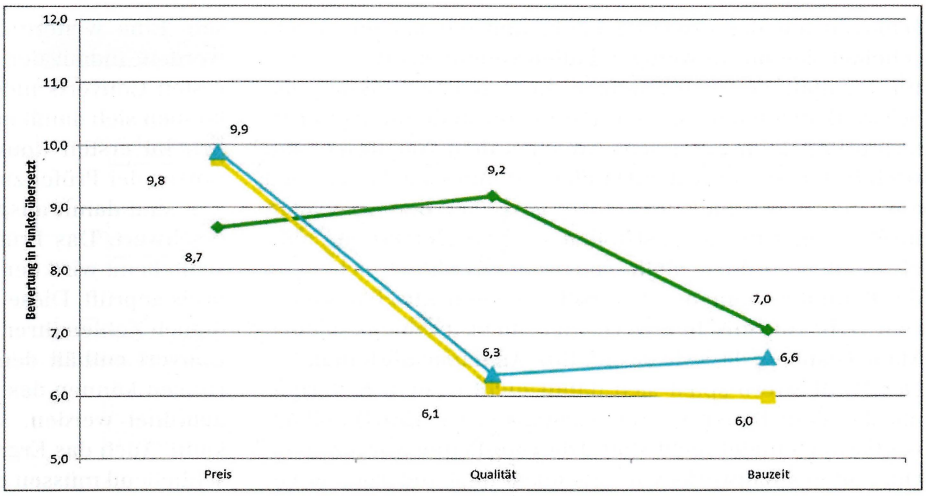

Bild 3. Von den Bauherren (grün) angegebene Wichtigkeit der Kriterien, und Angabe der Planer (gelb) und Bauunternehmen (blau), was sie glauben, wie die Bauherren die Wichtigkeit bewerten
Fig. 3. Importance of criteria as stated by the owners (green); what planners (yellow) and contractors (blue) think of the owners' statements regarding the importance of these criteria

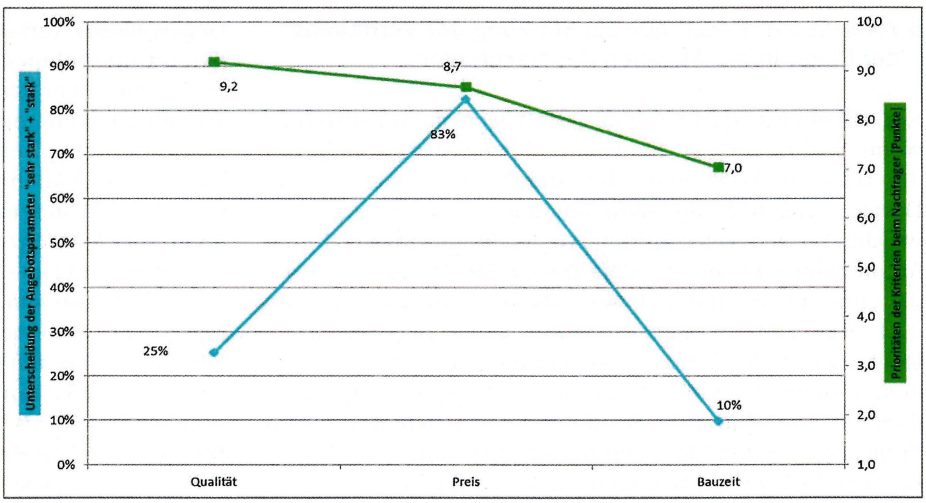

Bild 4. Prioritäten der Nachfrager und Unterscheidungen der Angebotsparameter [3]
Fig. 4. Criteria priorities of the beneficiaries and variations between tender parameters [3]

Darüber hinaus wurden Bauherren und Planer befragt, wie stark sich die einzelnen Angebote in einem Vergabeverfahren in den genannten Kriterien Preis, Qualität und Bauzeit voneinander unterscheiden. Die Umfrageergebnisse sind in **Bild 4** dargestellt. Die in dem Diagramm eingetragenen, von den Bauherren angegebenen Prioritäten wurden den Angaben gemäß Bild 3 entnommen. Sie sind in Bild 4 allerdings anders sortiert, indem das von den Bauherren als das am wichtigsten benannte Kriterium (die Qualität) links angeordnet wurde, während das an zweiter Stelle genannte Kriterium (der Preis) mittig angeordnet wurde. Die Angaben der Planer und Bauherren zu den Unterscheidungen der Angebotsparameter ist in der Farbe der Bauunternehmen dargestellt, da es sich um die beobachtete Reaktion dieser Gruppe handelt.

Es zeigt sich, dass die Unterscheidungen beim Angebotspreis am höchsten sind; die Qualität findet sich weit abge-

schlagen auf dem zweiten Rang, und die Bauzeit unterscheidet sich nur in wenigen Fällen voneinander.
Im Idealfall der vollständigen Konkurrenz müssten die Schwankungen der Angebotsparameter in demjenigen Kriterium am geringsten sein, welches dem Nachfrager am wichtigsten ist, also der Qualität. Stattdessen lassen sich aber die geringsten Unterschiede zwischen den Angeboten im Parameter Bauzeit feststellen, die beim Nachfrager aber eine untergeordnete Rolle spielt. Offensichtlich schenken die Bauunternehmen den veröffentlichten Zuschlagskriterien (z.B. „technischer Wert" etc.) nicht in einem solchen Maße Glauben, dass sie darauf ihre Angebote abstellen.
Der Wettbewerb spielt sich damit nicht in dem Kriterium ab, das dem Bauherrn am wichtigsten ist: Ein Qualitätswettbewerb findet nicht statt. Die vom Planer vorgesehene Qualität des Bauwerks wird als quasi unabänderlich angesehen, die Bauunternehmen führen lediglich das aus, was der Planer erdacht hat. Das Instrument des Nebenangebotes ist damit ein probates Mittel, einen Qualitätswettbewerb entstehen zu lassen.

5 Zwei-Couvert-Methode zur Stärkung des Vertrauens der Bieter in die Angaben des Nachfragers

Ein effizientes Marktergebnis wird sich dann einstellen, wenn Nachfrager und Bieter ein gleiches Verständnis von der relativen Wichtigkeit der Angebotsparameter haben. Daran mangelt es auf dem Baumarkt, wie oben gezeigt wurde. Auf anderen Märkten, vielleicht zum Beispiel dem Automobilmarkt, funktioniert dieser Mechanismus durch die „unsichtbare Hand" besser als auf dem Baumarkt, da dort eine Vielzahl austauschbarer Güter zur Verfügung steht, und der Nachfrager aus dem physisch schon vorhandenen Angebot das für ihn am besten geeignete findet, indem er seinen Nutzen anhand der verschiedenen Kriterien Preis, Qualität und Lieferzeit bestimmen kann.
Da beim hier betrachteten Baumarkt der Bieter beim Nachfrager eine andere Priorität vermutet als dieser selber hat, muss ein Instrument gefunden werden, welches das Vertrauen des Bieters in die Angaben des Nachfragers erhöht.
Eine Lösung könnte im Zwei-Couvert-Verfahren bestehen, dessen Ablauf im Folgenden beschrieben wird. Zu Beginn muss der Nachfrager die relativen Wichtigkeiten seiner Nutzenparameter angeben – modelltechnisch ausgedrückt muss er seine Iso-Nutzenfläche angeben. In Kenntnis dieser Angaben und unter Verwendung der Leistungsbeschreibung erstellt der Bieter ein Angebot. Da ihm die Iso-Nutzenfläche des Nachfragers bekannt ist, kann er prüfen, ob das von ihm vorgesehene Angebot oberhalb oder unterhalb der Iso-Nutzenfläche liegt. In Einschätzung des Angebotsverhaltens der Mitbewerber wird er sein Angebot entsprechend gestalten. In genau diesem Verhalten, der Berücksichtigung der Prioritäten des Nachfragers und des erwarteten Verhaltens der Mitbewerber, entfaltet sich dann der gewünschte Wettbewerb. Das Angebot wird in zwei Couverts abgegeben. Im ersten Couvert werden Angaben zu Qualität und Bauzeit gemacht, und im zweiten Couvert wird der Angebotspreis genannt. Zunächst werden die im ersten Couvert gemachten Angaben zu Qualität und Bauzeit geprüft und bewertet. Diese Prüfung ist eher subjektiv geprägt und könnte daher leicht durch andere Aspekte beeinflusst werden, insbesondere durch Kenntnis des Angebotspreises, weshalb er zu jenem Zeitpunkt noch nicht bekannt sein soll. Eine weitere Objektivierung kann dadurch erreicht werden, indem der Name des Bieters aus dem Inhalt des ersten Couverts nicht hervorgeht. Die Prüfer müssen und können sich damit ausschließlich auf die inhaltlichen Angaben im ersten Couvert konzentrieren. Persönliche Präferenzen der Prüfer zu bestimmten Unternehmen oder Personen sind damit ausgeschlossen oder mindestens erheblich erschwert. Das Prüfungsergebnis wird dokumentiert. Anschließend wird der im zweiten Couvert notierte Angebotspreis geprüft. Diese Prüfung ist objektiv und einfach, da lediglich Zahlen ihrer Größe nach zu ordnen sind. Das zweite Couvert enthält den Bieternamen. Über geeignete Codierungen können das erste und zweite Couvert einander zugeordnet werden, sodass der Bieter identifiziert werden kann. Auch das Ergebnis der Preisprüfung wird fixiert. Abschließend müssen die beiden Prüfergebnisse nur noch den vorab bekannt gegebenen Rechenalgorithmus durchlaufen, um die Entfernung zur Iso-Nutzenfläche zu bestimmen. Das Angebot, welches sich mit maximalem Abstand oberhalb der Iso-Nutzenfläche befindet, ist das am besten geeignete.
Gegen dieses Verfahren wird mitunter eingewendet, dass damit Unternehmen zum Zuge können, die im ersten Couvert hohe, aber leere Versprechungen machen, und im zweiten Couvert geringe Preise anbieten, und die damit ungerechtfertigter Weise zu einem Auftrag gelangen. Dem ist entgegen zu halten, dass solche Bieter leicht ausgeschlossen werden können, indem beispielsweise die Eignung anhand von Referenzen nachzuweisen ist. Bei Wahl dieses Verfahrens sind an die Sorgfalt des Nachfragers hohe Anforderungen zu stellen, da er nach Auslösung des Vergabeverfahrens nicht mehr – euphemistisch ausgedrückt – „korrigierend" eingreifen kann; genau das ist aber das Argument, welches das Vertrauen der Bieter in die Angaben des Nachfragers, anders als mit den übrigen Verfahren, erhöht. In **Bild 5** ist das Verfahren dargestellt.
Die Bieter müssen nicht befürchten, dass der Preis entgegen den veröffentlichten Zuschlagskriterien das überragende Kriterium bildet. Dieses Verfahren bietet ein Größtmaß an Transparenz. Der Bau der U5 in Berlin wurde nach diesem Verfahren vergeben [10]; dies war möglich, da der Auftraggeber nicht an den zweiten Abschnitt der VOB/A gebunden war, sondern als Sektorenauftraggeber auftrat. Der Verband der schweizerischen Ingenieur-Unternehmen [11] wie auch die österreichische Abteilung der Internationalen Tunnelbaugesellschaft [12] empfehlen ebenfalls diese Vorgehensweise.
Die Autoren schlagen vor, bei einer künftigen Reform der VOB/A dieses Verfahren als Option für große Bauvorhaben zur Verfügung zu stellen.

6 Fazit und Empfehlungen

Die aktuelle VOB/A weist gegenüber der vorherigen Fassung in einigen Punkten deutliche Schwächen auf. Ein Vermeiden dieser Schwächen wäre ohne Verletzung oder Korrektur der europäischen Richtlinie, die Auslöser der Neufassung der VOB/A war, möglich gewesen.
Nach Ansicht der Verfasser sollte bei einer künftigen Fortschreibung der VOB/A das nicht-offene Verfahren, wie bereits in der Vergangenheit, lediglich in Ausnahmefällen zur Verfügung stehen. Die aktuelle Regelung schränkt das Marktgeschehen ohne Not ein.

Eine Verkürzung der Mindestfristen im Vergabeverfahren bringt nur minimale Vorteile, es ist aber mit einer weniger sorgfältigen Angebotsbearbeitung zu rechnen, wenn die Fristen unangemessen kurz gewählt werden. Es wird daher empfohlen, die Fristen in Abhängigkeit der Auftragsvolumina zu staffeln, um Streitigkeiten über die Angemessenheit der Wahl der Fristen zu vermeiden

Wenn der Bieter Nebenangebote zulassen will, was sehr zu begrüßen ist, sollte die Bewertung ausschließlich anhand des Preises nicht zulässig sein. Diese Regelung kann sich zum Nachteil sowohl der Nachfrage- wie auch der Bieterseite auswirken. Es ist auch nicht logisch, lediglich ein Kriterium zu bewerten, wenn sich der Nutzen des Nachfragers aus der Kombination mehrerer Kriterien ergibt. Umfrageergebnisse zeigen zudem, dass die Bauherren den Preis nicht als das wichtigste Kriterium ansehen. Es konnte gezeigt werden, dass die Nachfrager die Relevanz der Bewertungskriterien anders vermuten, als sie die Nachfrager tatsächlich haben.

Die Autoren schlagen daher vor, das Zwei-Couvert-Verfahren künftig optional zur Verfügung zu stellen. Es wäre ideal, wenn es möglich wäre, Erfahrungen zu sammeln, indem bei ausgewählten Pilotprojekten Vergaben nach diesem Verfahren durchgeführt werden könnten. Hierzu eignen sich Projekte, die relativ klein und nicht zeitkritisch sind, auf der anderen Seite aber auch gewisse technische Schwierigkeiten aufweisen, damit unterschiedliche Lösungen interessant sein können.

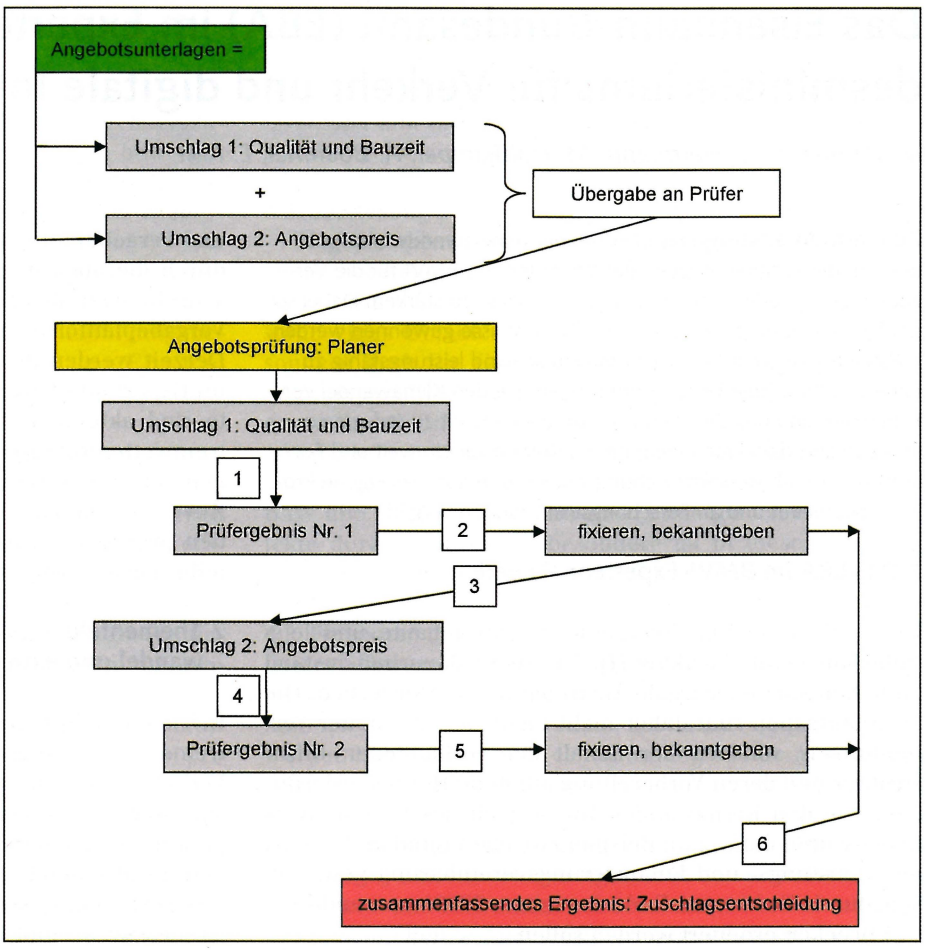

Bild 5. Ablauf der Angebotsprüfung bei der Zwei-Couvert-Methode [3]
Fig. 5. Examination of tenders in acc. with the two-envelope procedure [3]

Literatur

[1] Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (Abl. L 94 vom 28.0.2013, S. 65).

[2] Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts. Beschluss des Bundeskabinetts vom 07.01.2015.

[3] *Himmel, W.*: Nutzenoptimierte Vergabe öffentlicher Bauaufträge. Duisburg, Universität Duisburg-Essen, Dissertation, 2015.

[4] Art 24 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit Art 53 Abs. 1a der Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Abl. L 134 vom 30.0.2004, S. 114).

[5] *Kues, J.-H.; Kirch, T.*: Nebenangebote und Zuschlagskriterien: Das Offensichtliche (v)erkannt? *In*: NZBau (2011), Heft 6, S. 335–339.

[6] BGH, Beschluss vom 07.01.2014, Aktenzeichen: X ZB 15/13.

[7] *Kullack, A.-M.*: Preis als einziges Zuschlagskriterium – Nebenangebote im Vergabeverfahren. *In:* tHIS (2014), Heft 4, S. 94.

[8] *Uhl, S.; Höppner, G.*: Effizienz-Steigerung im öffentlichen Bau durch funktionale Ausschreibung, S. 27, Juni 2010, veröffentlicht von der Hans-Frisch-Stiftung an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

[9] *Jaeger, W.*: Die neue Basisvergaberichtlinie der EU vom 26.02.2014 – ein Überblick. *In:* NZBau (2014), S. 265.

[10] Berliner Verkehrsbetriebe: Auftragsbekanntmachung vom 20.06.2012 nach der Richtlinie 2004/17/EG: Neubau der U-Bahnlinie U5 zwischen Alexanderplatz und Brandenburger Tor, Los 2, Bau des U-Bahnhofes Berliner Rathaus.

[11] Usic (Union Suisse des Societes d'Ingenieurs-Conseils): Neue Entwicklungen im Vergabewesen – Bericht zu den Themen <Quality Based Selection>, Zwei-Couvert-Methode und Dialog nach Art. 26a VöB. Heft No. 8, Februar 2012.

[12] Austrian National Commitee of ITA – Österreichisches Nationalkomitee der ITA: Empfehlungen für ein Vergabemodell für Infrastrukturprojekte – VIP – Bestbieterprinzip. 2. Auflage November 2014.