



# Der Bauch entscheidet

„Weiche“ Vergabekriterien führen zu subjektiver Wertung bei VOF-Verfahren



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, inside, Büsum

**Auch bei der Vergabe von Planungsleistungen nach VOF sind die Vergabekriterien und die Unterkriterien vorher anzugeben. Die „weichen“ Kriterien spielen dabei eine immer größer werdende Rolle, weil die zähl- und messbaren „harten“ Kriterien von den Bietern gleichermaßen erfüllt werden. Das subjektive Empfinden des Auslobers wird damit vergabeentscheidend. Damit ist trotz aller engen und engsten Vergabevorschriften letztlich wieder der Zustand erreicht, der vor Inkrafttreten dieser Vorschriften schon herrschte: der Bauch entscheidet.**

Will ein öffentlicher Auftraggeber Planungs- und/oder Überwachungsleistungen oberhalb des Schwellenwertes vergeben, so muss er dafür ein Verfahren nach der VOF durchführen. Für Vergaben unterhalb der Schwelle gilt dies nicht. Im Gegensatz zu einem Verfahren nach VOB, in dem er die ausgeschriebenen Leistungen eindeutig und erschöpfend beschreiben muss, kann er dies bei den geistig-schöpferischen Leistungen der Ingenieure und Architekten nicht und kann es auch gar nicht. Deshalb gibt es ja die VOF. Damit scheidet der Preis als alleiniges Wertungsmerkmal praktisch aus. Der Auslober benötigt deshalb andere, zusätzliche Kriterien, um den bestmöglichen Bieter identifizieren zu können. Er bedient sich dabei regelmäßig folgender Hauptkriterien:

1. technischer Teil: hier wird die Herangehensweise des Bieters zur Lösung der Aufgabe abgefragt
2. Team: hier muss der Bieter detaillierte Angaben zu seinen Mitarbeitern machen
3. Referenzen: Angaben zu vergleichbaren Maßnahmen in den letzten drei oder fünf Jahren
4. Preis
5. Präsentation: Vorstellung des Angebotes und des Projektteams und Beantwortung von Fragen

Zur Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werden zusätzliche Unterlagen angefordert wie Bankauskünfte,

Jahresabschlüsse, Versicherungsnachweise u.v.m. Alle diese Kriterien werden durch Unterkriterien vervollständigt deren Vielfalt kaum darzustellen ist.

## Beispiel vom Juli 2013

Aus der Angebotsaufforderung:

Maßgebende Kriterien für die Angebotswertung:

- Preis/Honorar (30 %),
- Qualität (40 %)
- fachlicher oder technischer Wert (30 %).

Es wurden folgende Unterkriterien angegeben:

Kriterium Qualität:

- Personaleinsatzplan
- Vertretungsregelung
- Personalressourcen
- Qualitätssicherung

Kriterium fachlicher oder technischer Wert:

- Fachliche Präsentation in der Auftragsverhandlung,
- Fachliche Fragen zu den vorgesehenen Leistungen.

Für jedes Unterkriterium wurden Punkte vergeben, und zwar wenn jeweils aus Sicht des Auftraggebers folgende Erfüllung erwartet wurde:

- 5 Punkte: optimale Erfüllung
- 4 Punkte: überdurchschnittliche Erfüllung

- 3 Punkte: durchschnittliche Erfüllung
- 2 Punkte: unterdurchschnittliche Erfüllung
- 1 Punkt: Mindestbefriedigung
- 0 Punkte: keine Mindestbefriedigung

Keines dieser Unterkriterien kann objektiv bewertet werden. Es handelt sich vollständig um rein subjektive Maßstäbe. Was ist „durchschnittlich“ und was ist mit „Mindestbefriedigung“ gemeint? Wie soll das Kriterium „Vertretungsregelung“ bewertet werden? Wann bitte lässt eine Vertretungsregelung eine „überdurchschnittliche Erfüllung“ erwarten? Und wie grenzt man dies ab zu einer „optimalen Erfüllung“?

Wie wird die „fachliche Präsentation“ in der Auftragsverhandlung bewertet? Gewinnt die „schönere“ Präsentation? Was ist denn „schön“? „Mir hat aber die Präsentation des Bieters B am besten gefallen, und mir die von C“ usw. Wie viele Punkte erhält ein Bieter, dem gar keine Frage gestellt wurde?

Ungeklärt ist auch, ob ein Bieter, der nicht einmal die Mindestbefriedigung erwarten lässt, durch Kompensation in anderen Kriterien dennoch den Auftrag erhalten kann.

## Beispiel vom September 2013

Aus der Mitteilung zur Absage (siehe Tabelle auf S. 12)

Der Bieter erhielt diese Tabelle aus der die Bewertung seines Angebotes entnehmen konnte. Er hatte 485 von 500 möglichen Punkte erreicht. Wegen eines Punktabzuges beim Gesamtumsatz der letzten drei Jahre und eines Punktabzuges bei der technischen Ausstattung ließ sein Angebot nicht die bestmögliche Leistung erwarten.

Da hatte ein anderer Bieter möglicherweise in drei Jahren 10.000,- € mehr Umsatz gemacht und einen vierten Scanner im Büro. Das ist zwar objektiv feststellbar aber für die Vergabe eines Auftrages ebenso absurd wie vorgeschoben.

Ein schönes Beispiel liefert das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf mit Beschluss vom 12.06.2013, VII-Verg 7/13. Für die Vergabe von Planungsleistungen für ein Schwimmbad waren in dem konkreten Fall folgende Zuschlagskriterien benannt:

1. Fachliche und soziale Kompetenz des Projektverantwortlichen: 55 Punkte
2. Nachweis der wirtschaftlichen und termingerechten Abwicklung von Projekten: 35 Punkte
3. Honorar/Preis: 10 Punkte

Auswahlverfahren nach § 10 VOF				
Auswahlkriterien gemäß Vergabebekanntmachung		Wichtung in %	Ort	
			Pkt. 0 – 5	Bewertung nach Pkt.
1. Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nach § 12 (1) a) und c) VOF	Nachweis der Berufshaftpflicht	5	5	25
	Gesamtumsatz der letzten drei Jahre	5	4	20
	Umsatz der in den letzten drei Jahren erbrachten vergleichbaren Leistungen	10	5	50
Zwischensumme Wichtung zu 1.:		20		
2. Fachliche Eignung nach § 13 (2) VOF	Referenzen des Bewerbers über vergleichbare Leistungen aus den letzten drei Jahren § 13 (2) VOF	30	5	150
	Vorliegen von Qualifikationsnachweisen und Referenzen der für die Dienstleistung vorgesehenen Personen § 13 (2) VOF	25	5	125
	Technische Ausstattung § 13 (2) VOF	10	4	40
	Jährliches Mittel der vom Bewerber Beschäftigten in den letzten drei Jahren § 13 (2) VOF	5	5	25
	Maßnahmen zur Qualitätssicherung § 13 (2) VOF	5	5	25
	Auftragsanteil für Unteraufträge § 13 (2) VOF	5	5	25
Zwischensumme Wichtung zu 2.:		80		485
Summe		100		

Als Unterkriterien zu 1 waren angegeben:

- Fachliche Kompetenz des Projektverantwortlichen, insbesondere Erfahrung bei der Planung von Schwimmbädern
- Erfahrung des Projektverantwortlichen bei der Zusammenarbeit mit den benannten Subunternehmern
- Bewertung der Einschätzung zur Realisierbarkeit des Projekts im Rahmen der vorgesehenen Kosten und der gegebenenfalls vorgestellten Idee für den Neubau eines Stadtbads

Die „soziale Kompetenz“ aus dem Hauptkriterium 1 findet sich in den Unterkriterien nicht mehr wieder. Sie muss also im Rahmen des Hauptkriteriums gewertet werden. Wie macht man das? Auf welcher Grundlage?

Wie wird das Unterkriterium b) bei einer Planungsgesellschaft bewertet, die gar keine Subunternehmer benennt? Gibt es da die höchste Punktzahl? Auf welcher Grundlage?

Wie soll die Einschätzung der Realisierbarkeit eines Schwimmbades bewertet werden? Die Planungsleistungen sollen doch erst beauftragt werden. Was ist

überhaupt gemeint? Soll der Bieter die Einschätzung bewerten oder bewertet der Auftraggeber die Einschätzung des Bieters?

Wie weist man nach, dass die zuletzt verwirklichten Projekte wirtschaftlich abgewickelt wurden? Was ist denn „wirtschaftlich“? Und termingerecht? Welcher Termin? Bauen ist ein komplexer und komplizierter Prozess der stetig Änderungen unterworfen ist. Schon allein deshalb ist der Begriff „termingerecht“ schwierig. Wenn ein Bau ein Jahr länger braucht als zunächst geplant, ist das dann immer dem Planer anzulasten? Wohl nicht. Wie aber weist der Planer nach, dass er termingerecht liefert?

Alle in den genannten Beispielen dargestellten Kriterien unterliegen der subjektiven Bewertung. Sie überhaupt zu Kriterien zu machen die über eine Auftragsvergabe entscheiden, ist letztlich der verzweifelte Versuch subjektives Empfinden objektivieren zu wollen. Nur Objektivität, gepaart mit Transparenz, ist unangreifbar, das ist der springende Punkt. Und dennoch gelingt es nicht und kann auch nicht gelingen. Der Auftraggeber hat bei der Festlegung der Kriterien einen Ermessensspielraum.

## VOF: Keine überzogenen Anforderungen an Umsatz und Mitarbeiterzahl!

„1. Es unterliegt grundsätzlich dem Ermessen der Vergabestelle, welche quantitativen Anforderungen sie an zulässige Eignungskriterien stellt. Dieses Ermessen ist aber im Lichte der §§ 2 Abs. 4 und 5 Abs. 1 VOF auszuüben. Stark überzogene Forderungen sind vom Ermessensspielraum der Vergabestelle nicht mehr gedeckt.

2. Haben die zu vergebenden Planungsleistungen ein Honorarvolumen von 125.000 Euro pro Jahr und können durch zwei Mitarbeiter bewältigt werden, überschreitet der Auftraggeber sein Ermessen, wenn die maximal erreichbaren Punkte für einen Umsatz von 2 Millionen Euro jährlich und 15 Mitarbeiter vergeben werden.“

VK Südbayern, Beschluss vom 07.02.2013 – Z3-3-3194-1-67-12/12; IBR 2013, 433.

Schraubt der Auftraggeber die Schwelle für diesen Spielraum nun herunter bzw. setzt sie nicht von vornherein zu hoch an, dann erreichen alle Bieter die maximale Punktzahl. Als einziges Vergabekriterium verbleibt dann der Preis. Genau dies aber ist ja nicht gewollt bei VOF-Verfahren. Diesem Teufelskreis kann man kaum entinnen.

In der Vergangenheit wurde oft eine Lösung darin gefunden, dass ein Mehr an Nachweis auch ein Mehr an Punkten zur Folge haben müsse. Mehr-Referenzen z.B. gaben dann den Ausschlag für die Auftragsvergabe. Diese Phase ist vorüber.

Die Planer haben gelernt, mit der VOF umzugehen und gestalten ihre Angebote so, dass den Auftraggebern die Vergabeentscheidung immer schwerer fällt. Immer wieder hört man hinter vorgehaltener Hand: „Der Planer A ist der Planer des Vertrauens“. Das wäre dann ein Grund für die Vielzahl der weichen Kriterien. Man hat so viele Schrauben an denen „objektiv“ gedreht werden kann, bis derjenige, der den Auftrag erhalten soll, als Sieger aus der Wertungsmatrix emporsteigt.

Ein anderer Grund ist schlicht der möglichst niedrige Preis. Wichtet man den Preis/das Honorar nur mit 10/20/30 %, benötigt man Stellschrauben dafür, den niedrigsten Preis auch tatsächlich als „Gewinner“ hervorgehen zu lassen. Was ist da besser als möglichst viele „weiche“ Kriterien.



Aber es gibt auch diejenigen Fälle, bei denen der Auftraggeber den Auftragnehmer aus den Bewerbern auswählen muss auf der Grundlage der von ihm selbst definierten Kriterien und Unterkriterien. Selbst wenn er keinerlei Präferenzen hat und der niedrigste Preis nicht sein Oberziel ist, wird er den Besten objektiv nicht finden können. So sehr sich dieser Auftraggeber auch um Objektivität bemühen wird, bei der Bewertung der Kriterien und der Unterkriterien wird sein Bauch ihm sagen, wer der Beste ist, wem er den ein oder anderen entscheidenden Punkt mehr geben soll. So erhält er am Ende denjenigen Auftragnehmer, dem er das meiste Vertrauen entgegenbringt. Dagegen ist nichts einzuwenden, gar nichts. Wir müssen lediglich akzeptieren, dass subjektiv nicht gleich falsch ist.

Verschließen wir nicht die Augen vor der Wirklichkeit. Wer den Planer will, den er vorher ausgeguckt hat, wird die weichen Kriterien so nutzen, dass er sein Ziel erreicht. Wer den niedrigsten Preis will, der tut dasselbe, nur eben mit einem anderen Ziel. Wer tatsächlich neutral bzgl. des Planers und des Preises ist, der wird seine Zuneigung, seine Empfindung, seine Überzeugung nicht ausblenden und die Vergabeentscheidung maßgeblich von seinem Bauch treffen lassen. Es braucht nur etwas Mut dies zuzulassen und ich wünsche uns allen, dass wir nicht stetig versuchen das Vergaberecht durch frei interpretierbare Kriterien und Unterkriterien nur oberflächlich einzuhalten.

Wie schon dargelegt, bleibt andernfalls am Ende nur noch der Preis als Vergabekriterium übrig. Der Auftraggeber kann dann allenfalls noch auswählen zwischen Bietern mit 12.500 Referenzen und 14 Weiterbildungsmaßnahmen je Mitarbeiter oder mit 13.000 Referenzen und 12 Weiterbildungsmaßnahmen je Mitarbeiter. Ein „weiter so!“ wie bisher führt unweigerlich zu den Großen der Branche die sich dann einen noch härteren Wettbewerb liefern werden als dies bislang schon der Fall ist. Am Ende bleiben dann Dumping und Nachtragsmanagement. Beides sind keine guten Voraussetzungen für ein gelungenes Bauprojekt.

Den Auftraggebern ist daher zu wünschen, dass sie einen Weg zurück zur wirklichen Entscheidung finden, weg von zwei- oder dreidimensionalen Bewertungsmatrizen, hin zu einer Entscheidung die geprägt ist durch Sachlichkeit, Vertrauen und Kompetenz. Das ist kein Widerspruch zu Objektivität und Transparenz und ließe sich trefflich üben bei Maßnahmen unterhalb des Schwellenwertes.

# Den Aufwand im Rahmen halten

## Mehr Flexibilität durch Rahmenvereinbarungen



Rechtsanwältin Katja Gnitke, WMRC Rechtsanwälte, Berlin

**Die Festlegung von Leistungsinhalten und die Prognose des Umfangs von Leistungen für Vergabeverfahren sind nicht immer ganz einfach. Vergabeverfahren unterliegen zudem einer Vielzahl von formellen Anforderungen. Sie werden als fehleranfällig und zeitaufwändig empfunden. Da verspricht die Vergabe einer Rahmenvereinbarung Flexibilität und eine Verringerung des Aufwandes. Der Beschaffungsbedarf lässt sich bündeln und Einzelausschreibungen können vermieden werden. Doch welche Vorteile bietet eine Rahmenvereinbarung wirklich und wo liegen ihre Grenzen? Eine Aufklärung.**

### Rahmenvereinbarung: Der Begriff

Rahmenvereinbarungen werden als Instrument angesehen, mit dem sich der öffentliche Auftraggeber den Aufwand einer Vielzahl von wiederkehrenden Ausschreibungen über einen längeren Zeitraum sparen kann und das ein hohes Maß an Flexibilität bezogen auf Qualität und Quantität der zu beschaffenden Leistungen bietet (Haak/Degen, Rahmenvereinbarungen nach dem neuen Vergaberecht, VergabeR 2005, S. 164 ff., S. 164; Rosenkötter/Seidler, Praxisprobleme bei Rahmenvereinbarungen, NZ Bau 2007, S. 684 ff., S. 684; Laumann, Ausschreibung zur Lieferung von Tausalzen, VergabeR 2011, S. 52 ff., S. 55). Auch der Zweck, für wiederkehrende Beschaffungen vorzusorgen, wird teilweise als kennzeichnendes Merkmal der Rahmenvereinbarung angesehen (Machwirth, Rahmenvereinbarungen nach der neuen VOL/A, VergabeR 2007, S. 385 ff., S. 387).

*„Rahmenvereinbarungen sind Aufträge, die ein oder mehrere Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis.“*

So definieren § 4 VOL/A und § 4 EG VOL/A die Rahmenvereinbarung. Die Besonderheit einer Rahmenvereinbarung

liegt darin, dass eine konkrete Beauftragung erst durch nachfolgende Einzelaufträge erfolgt.

Die Vergabekammer (VK) Berlin charakterisiert die Rahmenvereinbarung als ein Instrument, das dazu dient, für die Fälle, bei denen in der Regel Ort und Zeit ihres Eintritts vorher nicht genau absehbar sind, so gut wie möglich vorbereitet zu sein und handeln zu können (VK Berlin, Beschluss vom 10.02.2005, VK-B-2-74/04).

Typischerweise liegen dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung Situationen zugrunde, in denen die Vergabestelle ihren Bedarf über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung nicht sicher einschätzen kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.04.2012, VII Verg 93/11; v. Gehlen/Hirsch, Verbindliche Abnahmemengen auch bei Rahmenvereinbarungen?, NZ Bau 2011, S. 736 ff., S. 736; Laumann, a.a.O., S. 54) oder in denen Leistungen angesichts des technischen Fortschritts regelmäßig angepasst werden müssen (Haak/Degen, a.a.O., S. 165).

### Verschiedene Modelle stehen zur Auswahl

Rahmenvereinbarungen gibt es in verschiedenen Ausformungen. Es gibt Rahmenvereinbarungen, bei denen bereits in der Rahmenvereinbarung alle Bedingungen festgelegt sind, und solche, bei denen die Bedingungen für die Einzelauf-