



**Einfluss von Transaktionskosten
auf die Wirtschaftlichkeit
funktionaler Ausschreibungen**

Lars Gonschorek und Simon-Finn Stolze

IBB

INSTITUT FÜR
BAUWIRTSCHAFT UND
BAUBETRIEB



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
BRAUNSCHWEIG

UNIV.-PROF. DR.-ING.
R. WANNINGER

SCHLEINITZSTR. 23 A
38106 BRAUNSCHWEIG

FON 0531 391-3174
FAX 0531 391-5953

ibb@tu-bs.de
www.tu-bs.de/ibb

Veröffentlichung

Braunschweig • März 2010

Beim nachfolgenden Dokument handelt es sich um die Einreichungsfassung des Beitrags:

Gonschorek, Lars ; Stolze, Simon-Finn: Einfluss von Transaktionskosten auf die Wirtschaftlichkeit funktionaler Ausschreibungen. In: Die wirtschaftliche Seite des Bauens - Festschrift zum 60. Geburtstag von Rainer Wanninger. Schriftenreihe des IBB. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (2010), Heft 50, S. 165-182

Auf ggf. bestehende Unterschiede infolge redaktioneller Überarbeitung der Einreichungsfassung wird hingewiesen.

1 Einleitung

Im Rahmen von Funktionalen Ausschreibungen – in § 9 VOB/A als Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bezeichnet – werden im Gegensatz zum Regelfall der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis umfangreiche Planungsleistungen¹ von der Auftraggeberseite auf die Bieterseite verlagert. Damit gehen eine Verlagerung und möglicherweise eine Erhöhung von Kosten einher, die nach weiterer Betrachtung als Transaktionskosten anzusehen sind. Es muss davon ausgegangen werden, dass diese Kosten Niederschlag in der Preisbildung der Bieter finden.

Aus Auftraggebersicht ist jedoch nicht erkenntlich, in welcher Höhe die ihm unterbreiteten Angebote einen Zuschlag für Angebotserstellungskosten beinhalten. Im Rahmen der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von finanzwirksamen Maßnahmen² erscheint es aus Sicht Öffentlicher Auftraggeber unbefriedigend, durch die im Zuge der Projektinitiierung erfolgende Bestimmung der Art der Vergabe und Leistungsbeschreibung Kosten zu verursachen, deren Höhe und Zuordnung im weiteren unbekannt bleiben.

Diese Problemstellung sollte bei strenger Anwendung des deutschen Vergaberechts hinfällig sein, da eine angemessene Honorierung³ für bestimmte Planungsleistungen im Rahmen der Angebotserstellung vorgesehen ist. So ist unter anderem gemäß § 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A für alle Bieter einheitlich eine Entschädigung festzusetzen, wenn der Auftraggeber verlangt, dass Bieter Entwürfe, Pläne oder andere Unterlagen ausarbeiten. Die Vorschrift gelte insbesondere in den Fällen des § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A, also der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm. Der Verordnungstext weist also bereits auf die Besonderheit der zu erwartenden Honorierungspflicht bei Funktionalausschreibungen hin.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass regelmäßig keine angemessene Honorierung solcher Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen Öffentlicher Auftraggeber vorgesehen ist oder eine Entschädigung sogar ausdrücklich ausgeschlossen wird.⁴ Zum einen ist denkbar, dass Unkenntnis über die Honorierungsvorschriften und/oder Unsicherheit über die mit der Ausschreibung bereits festzusetzende Höhe der Honorierung herrscht. Zum anderen fehlen den Vergabestellen häufig die notwendigen finanziellen Mittel, um die Initiierung aufwendiger Vergabeverfahren zu finanzieren.⁵ Es ist leider regelmäßig davon auszugehen, dass in fälschlicher Auslegung der Prinzipien von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Kosten an Bieter übertragen werden, solange diese keine Schritte dagegen einleiten.⁶

¹ In der Regel Teile aus den Leistungsphasen 1, 2, 3 und 6 gemäß § 3 HOAI. Siehe zum bieterseitigen Planungsumfang bei Funktionalen Ausschreibungen auch WANNINGER/STOLZE/GONSCHOREK (2008), S. 64 f. sowie REBMANN (2001), S. 40 f.

² Gemäß § 6 Abs. 2 HGrG

³ vgl. WANNINGER/STOLZE/GONSCHOREK (2008), S. 19 ff. Es gibt keine einheitliche Begriffsverwendung im deutschen Vergaberecht. In den jeweiligen Vorschriften werden die Begriffe „Entschädigung“ (§ 20 VOB/A), „Kostenerstattung“ (§ 3a VOB/A, § 20 VOL/A, § 6a VgV) und „Vergütung“ (§ 15 VOF) verwendet. In diesem Beitrag wird Honorierung als neutraler Begriff verwendet.

⁴ vgl. LEINEMANN (2007), S. 187, Rn. 532

⁵ vgl. KUMLEHN/REBMANN (2006), S. 53

⁶ WANNINGER/STOLZE/KRATZENBERG (2008), S. 45, nennen den hohen Stellenwert öffentlicher Auftraggeber als ein bieterseitiges Hemmnis gegen ein offensiveres Verhalten in Vergabenachprüfungsverfahren.

Im Rahmen eines vom Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung beauftragten Forschungsprojektes am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb in Braunschweig wurde das Gutachten „Entschädigung der Angebotsausarbeitung bei PPP-Hochbauprojekten“⁷ erstellt. In diesem findet sich sowohl eine Übersicht und Interpretation der Honorierungsvorschriften des deutschen Vergaberechts für Anbotsausarbeitungen als auch ein Berechnungsmodell für die Ermittlung der angemessenen Höhe. Ergänzend stellt STOLZE fest, dass

„eine angemessene Honorierung der Angebotserstellung [...] nicht zwangsläufig höhere Kosten für [den Auftraggeber] [...] verursacht, da durch entsprechende Reaktion der Marktteilnehmer eine Anpassung der Angebotspreise zu erwarten wäre.“⁸

Er empfiehlt eine Untersuchung der Zusammenhänge zwischen Angebotserstellungskosten, Honorierung und Angebotspreis, um belastbare Aussagen über die Auswirkungen einer Honorierung der Angebotserstellung ermitteln zu können.

Es kann derzeit nicht belegt werden, welche Auswirkungen eine angemessene Honorierung auf den Wettbewerb insgesamt sowie auf die Endsumme und Qualität der Angebote der jeweiligen Bieter hat. Ebenso ist weitestgehend unbekannt, wie Bieter die hohen Angebotserstellungskosten unternehmensintern verrechnen. Im Sinne einer verursachungsgerechten Erfassung und Weiterverrechnung empfiehlt REBMANN,

„eine gesonderte [...]Kostenstelle für die Zurechnung der im Unternehmen durch die Bearbeitung von Funktionalausschreibungen auftretenden Kosten einzurichten.“⁹

Den Verfassern sind keine Untersuchungen zum Umgang der Bieterseite mit Angebotserstellungskosten, insbesondere der Erfassung dieser in den Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) sowie der Umlage derselben im Zuge der Angebotskalkulation bekannt. Es ist somit sowohl unbekannt, ob Unternehmen im Sinne von REBMANN Angebotserstellungskosten nach der Ausschreibungsart getrennt erfassen, als auch ob Projekte je nach der Ausschreibungsart differenziert mit AGK bezuschlagt werden. Daraus leitet sich die Fragestellung ab, ob Öffentliche Aufträge derzeit der Ausschreibungsart entsprechend verursachungsgerecht mit Kosten belegt werden. Insgesamt stellt sich aus Sicht Öffentlicher Auftraggeber die Frage, ob eine Honorierung der Angebotserstellung ein Instrument zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit von Vergaben darstellen könnte. Im Rahmen dieses Beitrags soll beschrieben werden, ob und inwiefern mittels angemessener Honorierung der Angebotserstellung Einfluss auf das Verhalten der Bieter genommen werden kann.

⁷ WANNINGER/STOLZE/GONSCHOREK (2008): Das Ziel dieses Gutachtens war die Entwicklung einer grundlegenden Systematik, in der die Rahmenbedingungen für die Ermittlung einer angemessenen Honorierung der Angebotserstellung bei PPP-Projekten im öffentlichen Hochbau festgelegt werden. Die Honorierungssystematik basiert auf den in einer empirischen Untersuchung erhobenen tatsächlichen Kosten der Angebotserstellung und ist auf PPP-Projekte im öffentlichen Hochbau ausgerichtet.

⁸ STOLZE (2008), S. 164

⁹ REBMANN (2001), S. 133

2 Besonderheiten der Funktionalen Ausschreibung

Die Begriffe Funktionale Ausschreibung und Funktionale Leistungsbeschreibung (FLB)¹⁰ werden als Synonym für die bereits einleitend genannte Ausschreibung mittels Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm verwendet. Die FLB kann von Öffentlichen Auftraggebern nach Abwägen der unten erläuterten Zweckmäßigkeit gemäß § 9 Nr. 15 VOB/A alternativ zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (LV) angewendet werden.¹¹ Grundgedanke der FLB ist es, unter Aufrechterhaltung des Wettbewerbs um die Bauaufgabe auch die Planungsaufgabe – allerdings im Rahmen einer Gesamtvergabe beider Leistungen – dem Wettbewerb zu unterstellen und somit das bieterseitige Know-how bereits bei der Planung von Baumaßnahmen einzubringen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass auch Nebenangeboten eine ähnliche Funktion zugeschrieben wird.¹² Nebenangebote technischen Inhalts machen es Bietern möglich, firmenspezifisches Know-how für die Verbesserung ihrer Wettbewerbsposition zu nutzen, woraus letztlich auch die Auftraggeber wirtschaftliche Vorteile erzielen.¹³ Sie sollen dem Auftraggeber gerade die Kenntnis von anderen, ihm nicht bekannten oder von ihm nicht bedachten Ausführungsmöglichkeiten vermitteln.¹⁴ KRATZENBERG weist darauf hin, dass Vergabestellen vor Anwendung einer FLB überlegen müssen, ob eine Lösung der Bauaufgabe unter Mithilfe der Bieter nicht auch auf Grundlage einer Leistungsbeschreibung mit LV mit ausdrücklicher Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten erreicht werden kann.¹⁵

Es ist zu beachten, dass die Verwendung von FLB bereits Einfluss auf die Gestaltung des Projektabwicklungsmodells¹⁶ nimmt. Obgleich eine FLB bei sämtlichen Vergabearten nach §§ 3 und 3a VOB/A in Betracht kommt,¹⁷ wird eine Funktionalausschreibung in der Regel nicht im Zuge einer Öffentlichen Ausschreibung oder eines Offenen Verfahrens durchgeführt werden. Zudem ist regelmäßig davon auszugehen, dass eine FLB nur in Verbindung mit einer Generalunternehmervergabe auf Basis eines Pauschalvertrags zweckmäßig ist.¹⁸

Ein typisches Anwendungsfeld Funktionaler Leistungsbeschreibungen sind öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP). In diesem Zusammenhang kann das zur Anwendung kommende Vokabular von outputorientierten oder ergebnisorientierten Leistungsbeschreibungen bis zu sogenannten Output-

¹⁰ Eine detaillierte Begriffsbestimmung findet sich in REBMANN (2001), S. 21 ff.

¹¹ Für eine Begründung des Ausnahmecharakters der FLB siehe etwa KRATZENBERG in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 414 f., Rn. 114-118 sowie HEIERMANN in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 248, Rn. 67

¹² Eine Untersuchung der Auswirkungen von Nebenangeboten, insbesondere auf Innovation, Qualität, Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb findet sich in BMVBS/BBR (2008).

¹³ vgl. WANNINGER (2007), S. 1. Ferner zeigt WANNINGER auf, inwiefern die Rechtsprechung und die in deren Folge geänderte Praxis einiger öffentlicher Auftraggeber dazu führen könnte, dass Nebenangebote als Wettbewerbs- und Innovationselement merklich an Bedeutung verlieren.

¹⁴ OLG Celle, Beschluss vom 21.08.2003 - 13 Verg 13/03

¹⁵ vgl. KRATZENBERG in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 415, Rn. 117

¹⁶ Gemäß der DIN 69905 ist der Begriff Projektabwicklung definiert als die „Aufgabendurchführung von Anfang bis zum Ende eines Projekts“. Nach Auffassung der Verfasser umfasst ein Projektabwicklungsmodell nicht nur die Projektorganisationsform, d. h. die Projektmanagement-, Planereinsatz- und Unternehmereinsatzform, sondern die Gesamtheit der gegenwärtigen Rahmenbedingungen eines Projekts und ist dementsprechend auch von der Art des Auftraggebers, der Leistungsbeschreibung, der Vergabe und des Bauvertrags abhängig.

¹⁷ vgl. FRANKE/GRÜNHAGEN in FRANKE ET AL. (2002), S. 265, Rn. 200

¹⁸ vgl. LEINEMANN (2007), S. 184, Rn. 526-527. Zur weiteren Erörterung, ob das Vereinbaren eines Pauschalvertrages gemäß § 5 Nr. 1 b) VOB/A unzulässig sei, da die Leistung nach Ausführungsart und Umfang bei einer Funktionalausschreibung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht genau bestimmt ist siehe etwa LEINEMANN (2007), S. 185, Rn. 528; KELDUNGS in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 239, Rn. 13ff; FRANKE/GRÜNHAGEN in FRANKE ET AL. (2002), S. 263, Rn. 194

spezifizierungen reichen.¹⁹ ÖPP sind langfristige, vertraglich formalisierte Kooperationen zwischen den Öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen der Privatwirtschaft zur Beschaffung und Bereitstellung öffentlicher Infrastruktur. Die Zusammenarbeit im Rahmen von ÖPP-Vorhaben erstreckt sich idealerweise auf Planung, Errichtung, Finanzierung sowie Betrieb und ggf. Verwertung einer Infrastruktur.²⁰

Anhand der kurzen Beschreibung von ÖPP wird bereits deutlich, dass Bau- und Planungsleistungen im Paket vergeben werden.²¹ Ergebnisorientierte Leistungsbeschreibungen werden dabei als Voraussetzung angesehen, um leistungsorientierte vertragliche Vereinbarungen u. a. zur Steuerung der Vergütung zu schließen.²²

Bereits 1974 stellt SIMONS im Rahmen einer Untersuchung der Vergabe von Hochschulbauten mittels Funktionaler Leistungsbeschreibung am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb in Braunschweig verschiedene Ansichten zu unterschiedlichen Aspekten der FLB dar:²³

- Kostenrisiko: Die Belastung der Bieter mit hohen Kosten für die Anfertigung multipler Entwürfe oder im Falle einer Entschädigung die Belastung der Auftraggeber mit diesen Kosten könnten sich nachteilig auf die Wirtschaftlichkeit Funktionaler Ausschreibungen auswirken. Demgegenüber steht die Erwartung u. a. von Seiten der Rechnungshöfe, dass die Verwendung von FLB zu Kostenreduzierungen führen könnte.
- Wettbewerbsrisiko: Auf Grund der Kosten für die Angebotserstellung könnte eine Verdrängung des Mittelstandes aus dem Wettbewerb um Auftragsvergaben mit Funktionalen Leistungsbeschreibungen eintreten.
- Schnittstellenrisiko: Eine geschlossene Verantwortung des Unternehmers für Bau- und Planungsleistung könne für Bauherren nachteilige Effekte reduzieren. Ebenso könne das Risiko aus unkonkreten Vorgaben an der Schnittstelle Nutzerwunsch–Planung reduziert werden, da es einen frühen „Redaktionsschluss“ zum Zeitpunkt der Festlegung der Funktionalen Beschreibung gibt.
- Gestaltungsrisiko: Die Qualität der gestalterischen Lösung in Bezug auf Lebensqualität und Umweltgestaltung könne zu Gunsten der Wirtschaftlichkeit sinken. Ebenfalls könne die Unabhängigkeit der Architekten verloren gehen und somit deren Handeln nicht mehr im Sinne der Baukultur stehen, wenn diese anstelle auf Bauherrenseite nunmehr auf Ausführungsseite tätig werden.

Darüber hinaus müssen bei einer Beurteilung der Vorteilhaftigkeit von FLB weitere Risiken berücksichtigt werden, u. a. auch solche, die nicht unmittelbar aus dem Wesen der Funktionalausschreibung, sondern vielmehr aus mit FLB einhergehenden Pauschalpreisverträgen und Generalunternehmervergaben resultieren. Typischerweise wären ohne Anspruch auf Vollständigkeit das Mengenrisiko, ein erhöhtes Kalkulationsrisiko, das Genehmigungsrisiko sowie das Nachunternehmerrisiko zu nennen.²⁴

Im Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes heißt es, dass sorgfältig zu prüfen ist, ob die durch die Übertragung von Planungsaufgaben auf die Bieter entstehenden Kosten in angemessenem Verhältnis zum Nutzen stehen, und ob für die Ausarbeitung der Pläne und Angebote

¹⁹ Etwa in FMK (2006), S. 8 sowie WEBER/MOß/PARZYCH (2005), S. 507

²⁰ Eine detaillierte Begriffsdefinition findet sich in STOLZE (2008), S. 7 ff.

²¹ Zu den Besonderheiten der Planung bei PPP-Projekten siehe etwa STOLZE/GONSCHOREK (2009)

²² vgl. WEBER/MOß/PARZYCH (2005), S. 508

²³ vgl. SIMONS/HIRSCHBERGER (1987), Vorwort von o. Prof. Dipl.-Ing. K. Simons

²⁴ vgl. REBMANN (2001), S. 73ff.

leistungsfähige Unternehmer in so großer Zahl vorhanden sind, dass ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet ist.²⁵ Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass vor Ausschreibungen mit FLB eine **Prüfung der Zweckmäßigkeit** durchzuführen ist, wobei insbesondere **erhöhte Verfahrenskosten** den **erzielbaren Effizienzvorteilen** gegenüberzustellen sind und die Möglichkeiten zur **Aufrechterhaltung und Erweiterung des Wettbewerbs** analysiert werden müssen.

2.1 Vergaberechtliche Prüfung der Zweckmäßigkeit

Bei der Ausschreibung Öffentlicher Bauaufträge ist die Beschreibung der Leistung gemäß § 9 Nr. 11 VOB/A im Regelfall mit in Teilleistungen gegliedertem LV vorzunehmen. Die Leistung darf nach § 9 Nr. 15 VOB/A nur dann funktional beschrieben werden, wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, den Bauentwurf dem Wettbewerb zu unterstellen, um die **technisch, wirtschaftlich** und **gestalterisch beste** sowie **funktionsgerechte** Lösung für die Bauaufgabe zu ermitteln.

Eine FLB ist nicht zweckmäßig, wenn bauunternehmerisches Wissen lediglich deshalb abgefragt werden soll, um eigene Planer sparen zu können.²⁶ Es genügt ebenso wenig, bei sonstiger Klarheit über die technische, gestalterische und funktionsgerechte Lösung lediglich den günstigsten und somit vermeintlich wirtschaftlichsten Bieter zu ermitteln. Dies könnte ebenfalls auf Basis eines LV geschehen. Daher muss grundsätzlich eines der anderen drei Merkmale vorliegen, um aus Gründen der Wirtschaftlichkeit eine FLB zu rechtfertigen. Ebenso genügt es nicht, dass der Auftraggeber einen Vergleich bekannter technischer Lösungsmöglichkeiten anstrebt. Vielmehr muss ein „*wirkliches Informationsbedürfnis*“ des Auftraggebers bestehen.²⁷ Die Anforderung bieterseitigen Know-hows kann dann als erforderlich angesehen werden, wenn der Auftraggeber sein Informationsinteresse mit eigenen Mitteln und somit auch mit eigenen Planern nicht oder nur deutlich schlechter befriedigen kann.²⁸ Für den Einsatz einer FLB kommt es bezüglich der Kriterien des gestalterischen Ziels und der beabsichtigten Funktion maßgeblich darauf an, dass der Auftraggeber nicht oder nur mit Schwierigkeiten ermitteln kann, ob und wie diese Vorgaben mittels bestimmter technischer Lösungsmöglichkeiten eingehalten werden können.²⁹

Im Ergebnis trifft der Auftraggeber bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer FLB eine Ermessensentscheidung, welche durch die genannten Anforderungen kumulativ zu begründen ist.³⁰ Eine besondere Rechtfertigung für die Anwendung einer FLB besteht nach KRATZENBERG, „*wenn eine genügende Anzahl von Bewerbern vorhanden und in der Lage ist, eine spezielle, für den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt dienende Bauaufgabe, die in ihrer Planung und Ausführung ein besonderes Können erfordert, in ihren Einzelheiten zu planen und später auszuführen.*“³¹

Bei der Initiierung von ÖPP-Vorhaben wird die Ausprägung der oben genannten Kriterien regelmäßig als hinreichend angesehen, um auf Basis einer Funktionalausschreibung Planungs-, Bau- und Gebäudemanagementleistungen als Generalunternehmerleistung auszuschreiben. Diese Vorgehensweise steht jedoch

²⁵ vgl. VHB (2008), Nummer 4.4.1.2 der Richtlinie 100

²⁶ vgl. HEIERMANN in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 249, Rn. 69

²⁷ vgl. KRATZENBERG in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 419 f., Rn. 131-132

²⁸ vgl. KAPPELLMANN in KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT (2007), S. 231, Rn. 82

²⁹ vgl. KRATZENBERG in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 420, Rn. 133-134

³⁰ vgl. etwa FRANKE/GRÜNHAGEN in FRANKE ET AL. (2002), S. 266f., Rn. 206-207, sowie KAPPELLMANN in KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT (2007), S. 231, Rn. 82. Letzterer weist zudem darauf hin, dass es nachvollziehbar sei, dass Bieter besonderes Fertigungs-Know-how besitzen, stellt jedoch in Frage, ob Bauunternehmen überlegene gestalterische Fähigkeiten haben und empfiehlt daher, gestalterische Aspekte bei der Angebotsbewertung geringer zu gewichten.

³¹ KRATZENBERG (2007) in INGENSTAU/KORBION: S. 419, Rn. 129

– nicht nur bei ÖPP, sondern bei jeglichen Funktionalausschreibungen – nicht ohne weiteres im Einklang mit der Berücksichtigung mittelständischer Interessen als allgemeinem Grundsatz bei der Vergabe Öffentlicher Aufträge. Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind Leistungen der Menge nach in Teillosen und getrennt nach Fachgebieten in Fachlosen zu vergeben. Diese Berücksichtigung der Wettbewerbschancen des Mittelstandes ist ebenfalls in § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A genannt. Gemäß VOB/A dürfen mehrere Fachlose, gemäß GWB mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Somit liegen gleichlautende Kriterien für eine Generalunternehmervergabe vor, welche es ebenfalls vor Anwendung einer FLB zu prüfen gilt. Es muss ohnehin als unmöglich angesehen werden, bei einer Funktionalausschreibung Teil- und Fachlose für eine Leistung zu bilden, deren Ausführungsart noch nicht feststeht.³²

Wie oben bereits erwähnt, ist im Zuge der Prüfung und Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer FLB gemäß VHB 2008 zu untersuchen, ob die durch die Übertragung von Planungsaufgaben auf die Bieter entstehenden Kosten in einem angemessenen Verhältnis zum Nutzen stehen. Diese wirtschaftliche Vertretbarkeit wird auch von KRATZENBERG als weitere Voraussetzung für Funktionalausschreibungen genannt. Demnach dürfe nicht nur auf die Wirtschaftlichkeit der Bauausführung abgestellt werden. Es müsse zudem berücksichtigt werden, dass bereits vor Zuschlagserteilung mehreren Bietern erhebliche Kosten entstehen, für die wiederum eine Entschädigungspflicht nach VOB/A besteht, so dass dieser Kostenfaktor ebenfalls eine erhebliche Rolle spielt.³³

2.2 Transaktionskosten

Erhöhte Kosten der Vergabeverfahren sowie die damit verknüpften Bedenken bezüglich einer Aufrechterhaltung des Wettbewerbs sind neben mangelnder Transparenz bei der Angebotswertung (auf Grund der kaum gegebenen Vergleichbarkeit der Angebote) ursächlich für den Ausnahmecharakter von FLB.³⁴ Die durch Vergabeverfahren verursachten Kosten können als Anbahnungskosten und somit als Transaktionskosten betrachtet werden. Unter Transaktionskosten werden sämtliche Kosten zusammengefasst, die im Rahmen der Anbahnung, des Abschlusses, der Abwicklung und der Kontrolle sowie der möglichen Anpassung von Verträgen anfallen. JOST weist darauf hin, dass die Minimierung von Transaktionskosten nicht zwangsläufig zu einer maximalen Wertschöpfung führe. Vielmehr müssten Produktionskosten und Transaktionskosten im Zusammenhang betrachtet werden.³⁵

In diesem Beitrag soll keine gesamtheitliche Betrachtung der Transaktionskosten im Zuge öffentlicher Vergaben vorgenommen werden.³⁶ Es bedarf zunächst nur der Feststellung, dass sämtliche im Zuge der Vertragsanbahnung anfallenden Kosten auf Auftraggeber- und Bieterseite Transaktionskosten sind und somit die Höhe der realisierbaren Wertschöpfung beeinflussen. Die Fragestellung nach der Verrechnung von bieterseitigen Transaktionskosten, also die Umlage solcher auf Angebotspreise, bleibt somit bestehen.

³² vgl. etwa STICKLER in KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT (2007), S. 127, Rn. 42 mit Verweis auf SCHRANNER in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 231 f., Rn. 21; so auch LEINEMANN (2007), S. 184 f., Rn. 527.

³³ vgl. KRATZENBERG in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 421, Rn. 135

³⁴ vgl. HEIERMANN in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 248, Rn. 67

³⁵ vgl. JOST (2009), S. 188 ff. zur Definition von Transaktionskosten. Im Weiteren zeigt JOST (2009), S. 202 f., auf, dass sich die realisierte Wertschöpfung aus der Subtraktion der Produktions- und Transaktionskosten von der Bruttowertschöpfung ergibt.

³⁶ Eine detaillierte Untersuchung von Transaktionskosten bei ÖPP-Projekten findet sich in DUDKIN/VÄLILÄ (2006). Thesen zur Optimierung von Transaktionskosten öffentlicher Immobilieninvestitionen finden sich in PFNÜR (2009).

Die Übertragung von Planungsleistungen auf die Bieterseite bedeutet, dass den Bietern erhebliche Kosten entstehen, die sich regelmäßig in den AGK niederschlagen werden.³⁷ AGK setzen sich in der Regel aus solchen Kosten zusammen, die nicht einem bestimmten Bauauftrag zugerechnet werden können, sondern durch den Betrieb als Ganzes entstehen.³⁸ Eine Zurechnung zu den AGK ist zweckmäßig, da sich Angebotserstellungskosten zwar konkreten Projekten zuordnen lassen, diese aber unabhängig von einer erfolgreichen in einem Auftrag mündenden Akquisition anfallen. Aus transaktionskostentheoretischer Betrachtung können die gesamten AGK als die Summe der Transaktionskosten eines Bauunternehmens angesehen werden. Insofern bestätigt sich auch in dieser Hinsicht die Zuordnung der Angebotserstellungskosten zu den AGK.

Gemäß dem in der Bauwirtschaft gängigen Kalkulationsschema wird im Rahmen der Angebotspreisbildung der Deckungsbeitrag für AGK mittels prozentualer Zuschläge auf die Herstellkosten kalkuliert. Der Zuschlagsatz ergibt sich aus Division der für eine Abrechnungsperiode erwarteten Geschäftskosten durch die erwartete Auftragssumme, also Gesamtbauleistung je Abrechnungsperiode. Neben dem dabei auftretenden Prognoseproblem tritt zudem dasjenige auf, dass bei diesem Verfahren lediglich ein mittlerer Geschäftskostensatz für sämtliche Bauvorhaben bestimmt wird.³⁹ Die tatsächlich verursachten Transaktionskosten können je nach Bauvorhaben in Abhängigkeit von z. B. der Größe des Vorhabens, der Kostenstruktur, der Art und Schwierigkeit, dem Auftraggeber und / oder dem Bauvertrag stark variieren.⁴⁰ Dies muss in konsequenter Weise – insbesondere unter Beachtung des dargelegten Mehraufwands der Bieter bei Funktionalausschreibungen – bereits für AGK in der Angebotsphase gelten. Nach verschiedenen Kriterien differenzierte Geschäftskostensätze gestalten sich in der Praxis regelmäßig schwierig und sind demnach nicht verbreitet.⁴¹

Die Planungskosten bei Bauprojekten erhalten ihren Charakter als Transaktionskosten jedoch nicht erst durch die Verlagerung dieser auf die Bieterseite. Bei Leistungsbeschreibungen mit LV fallen diese in der Regel als Honorar für Architekten- und Ingenieurleistungen auf Auftraggeberseite an. Es muss aber zudem berücksichtigt werden, dass neben dieser Kostenverlagerung auf Grund paralleler Planungsvorgänge bei verschiedenen Bietern eine Erhöhung der Planungskosten und somit der Transaktionskosten zu erwarten ist. Diese Erhöhung kann wirtschaftlich nur durch eine Verringerung der Transaktionskosten an anderer Stelle, durch eine erhöhte Effizienz des Projektabwicklungsmodells, also durch geringere Produktionskosten, und / oder durch eine erhöhte Bruttowertschöpfung plausibilisiert werden.

Eine Verringerung der Transaktionskosten an anderer Stelle ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich. Geringere Produktionskosten, also etwa niedrigere Baukosten, Betriebskosten und Instandhaltungskosten, und / oder eine erhöhte Bruttowertschöpfung gemessen in der Erfüllung der Anforderungen des Auftraggebers erscheinen als denkbare Effizienzvorteile von FLB.

Jedoch stellt VON DAMM für Ausschreibungen mit FLB ohne eine Vereinbarung zur Honorierung der Angebotsausarbeitung fest, dass die Bereitschaft der Bieter, entsprechenden Aufwand in die Entwicklung

³⁷ vgl. HEIERMANN in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 248, Rn. 67

³⁸ Zur Definition von AGK in Abgrenzung zu den Herstellkosten bestehend aus Baustellengemeinkosten und Einzelkosten der Telleistungen vgl. DREES/PAUL (2008), S. 35 sowie 111 ff.

³⁹ WÖHE (2000), S. 1120, dass ein solches Verfahren ungenau ist, da eine Proportionalität zwischen Einzel- und Gemeinkosten unterstellt würde, die nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen muss.

⁴⁰ vgl. DREES/PAUL (2008), S. 111 ff.

⁴¹ DREES/PAUL (2008), S. 113 ff., nennen eine sorgfältige Betriebsanalyse als Voraussetzung für die Anwendung differenzierter Geschäftskostensätze wie z. B. nach Kostenarten, nach Bausparten und nach Auftragsgröße differenzierte Geschäftskostensätze. Vgl. auch etwa WÖHE (2000), S. 1124, zur Notwendigkeit einer Analyse der Kostenbeeinflussungsfaktoren bei der Gemeinkostenverrechnung.

eigener Ideen zu investieren, häufig leidet.⁴² Im Fokus der weiteren Betrachtung soll der Einfluss der aus Planungsleistungen erwachsenen Transaktionskosten sowie der Honorierung solcher Leistungen auf das Bieterverhalten und somit die Auswirkungen auf den Wettbewerb stehen.

3 Einfluss von Planungskosten auf Bieterverhalten und Wettbewerb

Als Grundgedanke der FLB wurde bereits genannt, unter Aufrechterhaltung des Wettbewerbs um die Bauaufgabe auch die Planungsaufgabe dem Wettbewerb zu unterstellen. Es erscheint zunächst plausibel, dass Effizienzvorteile generiert werden können, indem unternehmerisches Know-how bereits in der Planungsphase eingebracht wird. Eine transparente und vollständige Bewertung der Effizienzvorteile kann jedoch nur auf Basis einer verursachungsgerechten Verrechnung der Transaktionskosten geschehen.

Angebotserstellungskosten können nach Kosten für die Angebotsbearbeitung und -ausarbeitung unterschieden werden. Bereits der Titel des Gutachtens zur „Entschädigung der Angebotsausarbeitung bei PPP-Projekten“ verdeutlicht, dass lediglich der letztgenannte Teil der Angebotserstellungskosten honorierungspflichtig ist. Gemäß § 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A wird für die Bearbeitung des Angebots keine Entschädigung gewährt. Vereinfacht betrachtet kann unter dem Begriff Angebotsbearbeitung die Angebotskalkulation des Bieters auf Basis eines bereits erstellten LV verstanden werden. Die im wesentlichen bei Funktionalausschreibungen darüber hinaus gehenden Leistungen – vornehmlich Planungsleistungen der Leistungsphasen 1 bis 3 und 6 (Erstellung eines LV) gemäß § 3 HOAI – sind regelmäßig als Ausarbeitung anzusehen und somit honorierungspflichtig.⁴³

Die derzeitige Ausschreibungspraxis zeigt jedoch, dass regelmäßig keine angemessene Honorierung solcher Leistungen in den Ausschreibungsunterlagen Öffentlicher Auftraggeber vorgesehen ist oder eine Entschädigung sogar ausdrücklich ausgeschlossen wird. LEINEMANN weist darauf hin, dass ein solches Vorgehen als Verstoß gegen den Bieterschutz der VOB/A anzusehen ist, wobei im Fall eines Nachprüfungsverfahrens die Rechtswidrigkeit der unterlassenen Entschädigung festzustellen wäre.⁴⁴ Durch die weit verbreitete Vorgehensweise von Vergabestellen, Angebotserstellungen nicht zu entschädigen, werden nicht nur Kosten auf die Bieter verlagert, sondern zusätzlich das Verfahrensrisiko durch Nachprüfungsverfahren erhöht.⁴⁵

Die hohen Angebotserstellungskosten bei FLB könnten zudem ein Hemmnis für einen erweiterten Wettbewerb sein. Dem erläuterten Charakter von Angebotserstellungskosten als AGK folgend, erhöht sich der Geschäftskostensatz eines Bauunternehmens mit jeder Angebotserstellung auf Basis einer Funktionalausschreibung, wenn nicht eine gestiegene Auftragswahrscheinlichkeit den höheren Angebotserstellungskosten bei FLB gegenübersteht.⁴⁶ Die in § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A formulierte Forderung, dass die Zahl der Bewerber möglichst einzuschränken ist, wenn von diesen umfangreiche Vorarbeiten mit besonderem

⁴² vgl. VON DAMM (2004), S. 60

⁴³ In WANNINGER/STOLZE/GONSCHOREK (2008) findet sich eine detaillierte Diskussion und Abgrenzung der Angebotsbearbeitung und -ausarbeitung, S. 22 ff., sowie eine Abgrenzung der Honorierung der Angebotserstellung zum Honorar gemäß HOAI, S. 35 ff.

⁴⁴ vgl. LEINEMANN (2007), S. 187, Rn. 532.

⁴⁵ vgl. KUMLEHN/REBMAN (2006), S. 55

⁴⁶ HEIERMANN in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 248, Rn. 67, argumentiert, dass die erhöhten Kosten nur mittels Beschränkter Ausschreibungen „einigermaßen mit der Chance der Zuschlagerteilung in ein Gleichgewicht“ gebracht werden können, verweist aber dennoch auf die Honorierungspflicht gemäß § 20 VOB/A. KUMLEHN/REBMAN (2006), S. 53 f., stellen fest, dass „die Bieter die Kosten der Angebotsausarbeitung unter Berücksichtigung ihrer Auftragswahrscheinlichkeit in ihre Angebotspreise übernehmen.“

Aufwand gefordert werden, entlässt den Auftraggeber nicht aus der Honorierungspflicht gemäß § 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A.⁴⁷ Vielmehr kommt an dieser Stelle die Forderung nach einer wirtschaftlichen Einbindung der Bieterseite – ohne unzulässige Einengung des Wettbewerbs – zum Ausdruck, erst recht wenn eine Entschädigungspflicht besteht.⁴⁸ Dem folgend sollten in der Vergabepraxis aus Kostengründen so wenig Bewerber wie möglich und aus Wettbewerbsgründen so viele wie nötig zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.⁴⁹ Zunächst ist eine genauere Betrachtung der möglichen Ausprägungen des Wettbewerbs um funktional ausgeschriebene Öffentliche Bauaufträge vorzunehmen. Dabei kann unterschieden werden zwischen der Intensität des Wettbewerbs und der Art des Wettbewerbs.

3.1 Steigerung der Wettbewerbsintensität

Die Intensität des Wettbewerbs ist nach PORTER der maßgebliche Einflussfaktor auf die Rentabilität, also auf die Gewinnspanne einer Branche. Es wird weiterhin angenommen, dass mit zunehmender Intensität Wettbewerbsvorteile von Konkurrenten schneller aufgeholt werden. Die Wettbewerbsintensität hängt u. a. von der Marktmacht der Auftraggeber und von der Anzahl der aktuellen und potenziellen Mitbewerber ab.⁵⁰ Die Öffentliche Hand hat eine große Bedeutung als Auftraggeber für die Bauwirtschaft. Das Handeln Öffentlicher Auftraggeber sollte jedoch durch die Wettbewerbs-, Transparenz- und Gleichbehandlungsgebote des Vergaberechts bestimmt sein.

Grundsätzlich können unbeschränkte Vergabeverfahren bei Funktionalausschreibungen als nicht zweckdienlich angesehen werden. In der Regel kann gemäß § 3 Nr. 3 Abs. 1 lit. a) VOB/A davon ausgegangen werden, dass eine Beschränkte Ausschreibung bei Funktionalausschreibungen zulässig sein wird.⁵¹ Die Zulässigkeit von Vergabeverfahren richtet sich – ohne Einschränkung auf Grund der Besonderheiten von FLB – ausschließlich nach §§ 3 und 3a VOB/A.⁵² Der Bieterkreis wird bei den in Frage kommenden Verfahren⁵³ regelmäßig durch einen vorgeschalteten Öffentlichen Teilnahmewettbewerb beschränkt. Dieses Vorgehen entspricht der aus § 8 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A abzuleitenden Forderung, dass die Zahl der Bewerber bei Funktionalausschreibungen möglichst einzuschränken ist.

Ein unbeschränkter Wettbewerb ist somit nur zum Zeitpunkt des Teilnahmewettbewerbs gegeben. Zudem ist zu beobachten, dass potentielle Bewerber genau selektieren, bei welchen Ausschreibungen sie teilnehmen wollen. Diese Selektion wird maßgeblich von der Attraktivität des Projektes – gemessen an Wirtschaftlichkeit, Risiko- und Prestigeträchtigkeit – und der Auftragswahrscheinlichkeit bestimmt.⁵⁴ Wenn eine Honorierung der Angebotserstellung in den Verdingungsunterlagen nicht vorgesehen ist oder gar ausgeschlossen wird, kann dies je nach den Selektionspräferenzen bestimmter Bieter eine Markteintritts-

⁴⁷ So führt GLAHS in KAPELTMANN/MESSERSCHMIDT (2007), S. 166, Rn. 29, entgegen der Ansicht der Verfasser aus, dass Auftraggeber im geschilderten Fall entweder den Wettbewerb beschränken oder Entschädigungszahlungen gewähren müssen.

⁴⁸ vgl. etwa RUSAM/WEYAND in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 177, Rn. 26-27, sowie SCHRANNER in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 296 f., Rn. 54

⁴⁹ so auch STOLZE (2008), S. 157

⁵⁰ vgl. PORTER (2008), S. 35 ff.

⁵¹ vgl. etwa HEIERMANN in HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008), S. 248, Rn. 67 sowie FRANKE / GRÜNHAGEN in FRANKE ET AL. (2002), S. 265, Rn. 200

⁵² vgl. FRANKE/GRÜNHAGEN in FRANKE ET AL. (2002), S. 265, Rn. 200

⁵³ Unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 3 VOB/A die Beschränkte Ausschreibung sowie die Freihändige Vergabe und oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 3a VOB/A das Nichtoffene Verfahren, der Wettbewerbliche Dialog und das Verhandlungsverfahren.

⁵⁴ vgl. KAPELTMANN in KAPELTMANN/MESSERSCHMIDT (2007), S. 230, Rn. 80

barriere darstellen.⁵⁵ Überlegungen zur Auftragswahrscheinlichkeit treten jedoch in den Hintergrund, wenn Bieter einkalkulieren können, zumindest wesentliche Teile ihrer Aufwendungen honoriert zu bekommen.⁵⁶ Eine Reduzierung des Teilnahmerisikos durch die Gewährung angemessener Angebotskostenentschädigung kann als wettbewerbsfördernd angesehen werden.⁵⁷

Eine Steigerung der Wettbewerbsintensität führt zu einer Verbreiterung des Wettbewerbs und erhöht somit die Chancen, dass der aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlichste Bieter tatsächlich teilnimmt. Zudem ist aggressiveres Bietverhalten die Folge zunehmender Konkurrenz. Im Ergebnis wird steigende Wettbewerbsintensität zu wirtschaftlicheren Angeboten führen. Dabei ist jedoch der abnehmende Grenznutzen zusätzlicher Bieter zu beachten, da insbesondere nach Aufforderung zur Angebotsabgabe die Transaktionskosten je Bieter proportional steigen, wohingegen die Effizienzvorteile des Bieterverhaltens stetig geringer werden.⁵⁸

3.2 Förderung von qualitätsorientiertem Wettbewerb

Die Art des Wettbewerbs beschreibt, mit welchen Wettbewerbsstrategien Bieter am Markt agieren, also nach welchen Wettbewerbsvorteilen sich der Erfolg am Markt einstellt.⁵⁹ Dies kann maßgeblich durch das Verhalten der Auftraggeber gesteuert werden. In der Bauwirtschaft wird häufig zwischen Preis- und Qualitätswettbewerb unterschieden. Gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A ist der Zuschlag auf das Angebot zu erteilen, welches unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein solle nicht entscheidend sein. Gemäß dem sogenannten „Leitbild Bau“ vom März 2009 kann der Qualitätswettbewerb in der Bauwirtschaft als unterentwickelt angesehen werden. Die Vergabe erfolgt häufig nach dem niedrigsten Preis ohne hinreichende Beachtung der Folgekosten.⁶⁰

Der Qualitätswettbewerb ist maßgeblich abhängig von den vom Auftraggeber gestellten Anforderungen, die sich im Oberschwellenbereich gemäß § 25a Nr. 1 VOB/A in den Zuschlagskriterien niederschlagen. Im Qualitätsmanagement wird Qualität laut der Norm EN ISO 9000:2005 definiert als Grad, in dem bestimmte Merkmale Anforderungen erfüllen. In der VOB/A werden nicht abschließend verschiedene Merkmale genannt. Solche werden vom Auftraggeber bei der Angebotswertung herangezogen und beziehen sich in der Regel auf Funktion, Technik, Gestaltung und Umwelteigenschaften des Bauwerks. Anforderungen können sich aber auch auf Ausführungsfristen und Kundenservice sowie nicht zuletzt auf den Baupreis und die Betriebs- und Folgekosten beziehen. Es wird deutlich, dass ein Qualitätswettbewerb nicht das Gegenstück zum Preiswettbewerb darstellen muss. Vielmehr kann die Verbindung des Qualitäts- und des Preiswettbewerbs als mögliche Zielsetzung funktionaler Leistungsbeschreibungen genannt werden.⁶¹

Es kann an dieser Stelle als hinreichend betrachtend werden, unter einem qualitätsorientierten Wettbewerb einen solchen zu verstehen, bei dem der Bieter den Zuschlag erhält, dessen Angebot das vorteilhafteste

⁵⁵ Nach PORTER (2008), S. 35 ff., bestehen Markteintrittsbarrieren u. a., wenn massiv investiert werden muss, um wettbewerbsfähig zu sein. Z. B. hoher Kapitalbedarf für riskante, unwiederbringliche Einstiegswerbung.

⁵⁶ vgl. KUMLEHN/REBMAN (2006), S. 55

⁵⁷ vgl. STOLZE (2008), S. 63 f.

⁵⁸ vgl. dazu ausführlich VON DAMM (2003), S. 68 ff.

⁵⁹ vgl. PORTER (2008), S. 35 ff.

⁶⁰ So bemängelt etwa der Bundesrechnungshof in den Bemerkungen 2007 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, vgl. BRH (2007), S. 175, dass Baunutzungskosten bei der Planung und dem Betrieb von Gebäuden des Bundes vernachlässigt werden.

⁶¹ vgl. KRATZENBERG in INGENSTAU/KORBION (2007), S. 415, Rn. 116

Lebenszykluskosten⁶²-Nutzen-Verhältnis bei Erreichung eines definierten Mindestnutzen und unter Beachtung möglicher Finanzierungsrestriktionen bietet.

Die Bereitschaft der Bieter, hohen Aufwand in die Entwicklung innovativer Lösungsmöglichkeiten für Ausschreibungen mit FLB zu investieren, leidet häufig unter fehlenden Vereinbarungen zur Honorierung der Angebotsausarbeitung.⁶³ Durch eine angemessene Honorierung der Angebotsausarbeitung steigt die bieterseitige Bereitschaft „ein Höchstmaß an Engagement, innovativen Ideen und Kreativität zur Optimierung des zu planenden Bauobjekts einzubringen.“⁶⁴ In der Folge ist eine Erhöhung des Lebenszykluskosten-Nutzen-Verhältnisses des wirtschaftlichsten Angebots zu erwarten.

Im Zuge der Förderung eines stärker qualitätsorientierten Wettbewerbs kann eine Honorierung der Angebotserstellung neben der oben aufgezeigten Intensivierung des Wettbewerbs auch einen Signalcharakter haben. Ein Bekenntnis Öffentlicher Auftraggeber zum Stellenwert hochwertiger Planungsleistungen wird durch das derzeitige Verhalten, entgegen den Vorschriften des Vergaberechts Angebotsausarbeitungen nicht angemessen zu honorieren, konterkariert. Derartiges Verhalten lässt Spielraum für die Vermutung, Öffentliche Auftraggeber hätten keine Kenntnis ihrer eigenen Vorschriften oder wollten Kosten ohne Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Vorgehens auf Bieter und Auftragnehmer abwälzen.

Die obige Definition des Wettbewerbs ruft die bereits aufgeworfene Frage nach der genauen Kenntnis und Abbildung der Lebenszykluskosten eines Projektes in Erinnerung. Transaktionskosten werden in den gängigen Leitfäden zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen Öffentlicher Auftraggeber als wichtiger Bestandteil der Lebenszykluskosten angesehen. PFNÜR nennt die Vollständigkeit und Transparenz von Transaktionskosten bei der Bewertung von Beschaffungsvarianten im Rahmen öffentlicher Infrastrukturinvestitionen als ein oberstes Gebot.⁶⁵

3.3 Verursachungsgerechte Verrechnung von Transaktionskosten

Angebotserstellungskosten sind regelmäßig Bestandteil der AGK von Bauunternehmen. Auftraggeber haben in der Regel keine Kenntnis von der Zusammensetzung der AGK der Bieter und späteren Auftragnehmer. Somit ist nicht erkenntlich, in welchem Umfang die Angebotspreise für eine ausgeschriebene Baumaßnahme Deckungsbeiträge für Angebotserstellungskosten der Bieter enthalten. Dieser Sachverhalt kann insofern als problematisch angesehen werden, da Auftraggeber keine Kenntnis darüber erlangen können, ob und wie die bieterseitig kalkulierten Deckungsbeiträge für Angebotserstellungskosten im Verhältnis zu den tatsächlichen Angebotserstellungskosten für ein konkretes Bauprojekt stehen. Somit ist eine verursachungsgerechte Zuordnung von Transaktionskosten zu konkreten Baumaßnahmen vom Verhalten der Bieter im Zuge der Angebotserstellung abhängig und für Auftraggeber nicht transparent. Zur weiteren Veranschaulichung sollen mögliche Verrechnungsverfahren der Bieter skizziert werden. Zunächst soll die Annahme gelten, dass keine Honorierung der Angebotserstellung gewährt wird.

⁶² Der Begriff Lebenszyklus wird häufig im Zusammenhang mit ÖPP-Vorhaben mit der Projektdauer oder Konzessionslaufzeit gleichgesetzt; vgl. etwa FMK (2006), S. 8 sowie WEBER/MOB/PARZYCH (2005), S. 506 ff. Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung hebt im Gutachten zu ÖPP im Bundesfernstraßenbau die Bedeutung einer Betrachtung des Restwertes am Vertragsende hervor und kritisiert den Verzicht des BMVBS auf solche Betrachtungen, vgl. BWV (2009), S. 24

⁶³ vgl. VON DAMM (2004), S. 60

⁶⁴ KUMLEHN/REBMANN (2006), S. 55

⁶⁵ vgl. PFNÜR (2009), S. 6

Bieter, die keine Kenntnis der exakten Höhe und Zusammensetzung ihrer Angebotskosten haben, kalkulieren möglicherweise für jedes Bauprojekt innerhalb einer Abrechnungsperiode mit einem einheitlichen Zuschlag für AGK, welcher eventuell im Zuge der Preispolitik an die aktuelle Markt- und Auftragslage angepasst wird. In jedem Fall wird die Umlage von AGK auf einzelne Angebote kein plausibles Verhältnis zu tatsächlichen Angebotserstellungskosten aufweisen.

Bieter, die genaue Kenntnis über die Aufschlüsselung der Angebotskosten haben, wären hingegen in der Lage, differenziert zu kalkulieren. Denkbar wäre, dass für jedes Bauprojekt innerhalb der Abrechnungsperiode mit einem einheitlichen Zuschlag für AGK ohne Angebotskosten plus Angebotsbearbeitungskosten kalkuliert würde. Ergänzend würde der Zuschlag bei Funktionalausschreibungen entsprechend dem erforderlichen Deckungsbeitrag für Angebotsausarbeitungskosten erhöht. Im Ergebnis ist zu erkennen, dass Bieter in Abhängigkeit Ihrer Kostenerfassung und -verrechnung unterschiedlich kalkulieren, ohne dass dies für Auftraggeber transparent ist.

Es muss davon ausgegangen werden, dass Bieter keine Präferenz haben, AGK verursachungsgerecht zu verrechnen.⁶⁶ Vielmehr werden Bieter bestrebt sein, Angebotspreise derart zu kalkulieren, dass die Auftragswahrscheinlichkeit je Angebot maximiert und der erforderliche Deckungsbeitrag für AGK je gesamter Abrechnungsperiode erwirtschaftet wird. Die genaue Kenntnis der Höhe und Zusammensetzung von Angebotskosten dient Unternehmen im Rahmen der Kalkulation somit nicht für eine „genauere“ Ermittlung der Angebotspreise, sondern allenfalls für eine möglichst präzise Prognose des Geschäftskostensatzes für eine bestimmte Abrechnungsperiode.

Würde die obige Annahme dahingehend geändert, dass eine Honorierung der Angebotserstellung gewährt wird, müsste der Einfluss auf das Verhalten der Bieter erneut betrachtet werden. Unabhängig von einer Zuschlagserteilung würde bei Angebotsausarbeitungen bereits ein Deckungsbeitrag für AGK erwirtschaftet werden und somit die in der Periode noch über Angebotspreise zu verrechnenden AGK sinken; und zwar vereinfacht betrachtet um genau den Kostenanteil für Ausarbeitungen.

Bieter, die keine Kenntnis der exakten Höhe und Zusammensetzung der Angebotskosten haben, kalkulieren möglicherweise weiterhin für jedes Bauprojekt innerhalb einer Abrechnungsperiode mit einem einheitlichen Zuschlag für AGK. Dieser Zuschlag wird nunmehr keinen (oder jedenfalls einen erheblich geringeren) Deckungsbeitrag für Angebotsausarbeitungskosten enthalten, sofern die Bieter die für die Jahresbauleistung zu prognostizierenden Honorierungszahlungen von den gesamten AGK in Abzug bringen.

Bieter, die genaue Kenntnis über die Aufschlüsselung der Angebotskosten haben, könnten weiterhin für jedes Bauprojekt innerhalb der Abrechnungsperiode mit einem einheitlichen Zuschlag für AGK ohne Angebotskosten plus Angebotsbearbeitungskosten kalkulieren. Auf Grund der Entschädigungszahlungen müsste kein (oder jedenfalls ein erheblich geringerer) Zuschlag bei Funktionalausschreibungen kalkuliert werden. Im Ergebnis ist zu erkennen, dass Bieter trotz unterschiedlicher Kostenerfassung auf Grund der Entschädigungszahlungen mit qualitativ vergleichbaren Zuschlägen kalkulieren.

Das skizzierte hypothetische Verhalten der Bieter müsste im Zuge empirischer Untersuchungen analysiert werden, um Aufschlüsse zu erlangen, welcher Kenntnisstand bezüglich der Angebotserstellungskosten in Unternehmen vorherrscht, wie die erforderlichen Deckungsbeiträge bestimmt und erwirtschaftet werden, und ob und wie sich dieses Vorgehen in Abhängigkeit von einer Honorierung der Angebotserstellung variiert.

⁶⁶ Für die Verrechnung von Gemeinkosten im Rahmen der Vollkostenrechnung nennt SCHIERENBECK (1999), S. 630 f., das Kostenverursacherprinzip und das Kostentragfähigkeitsprinzip, wobei ersteres im Zweifel hinter dem Tragfähigkeitsprinzip, also nach Marktaspekten, zurückstehen muss.

Die Ausführungen zeigen jedoch, dass eine Honorierung der Angebotserstellung zu einer Erhöhung der Transparenz bei der Erfassung und Verrechnung von Transaktionskosten Funktionaler Ausschreibungen beitragen kann. Eine erhöhte Transparenz bei der Verrechnung von Transaktionskosten könnte zudem zu einem erhöhten Kostenbewusstsein auf Seiten der Vergabestellen führen.⁶⁷

4 Zusammenfassung

Im vorliegenden Artikel wird der Einfluss der Transaktionskosten auf die Wirtschaftlichkeit Funktionaler Ausschreibungen diskutiert. Anlass der Diskussion sind die bei Funktionalausschreibungen erhöhten Transaktionskosten im Rahmen der Angebotserstellung. Daher wird keine ganzheitliche Betrachtung der Transaktionskosten über den gesamten Lebenszyklus oder die Vertragslaufzeit des Projektes vorgenommen. Für eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Projektabwicklungsmodellen müssen Transaktionskosten vollständig und transparent erfasst werden. Es fehlt derzeit an Untersuchungen zu diesem Thema und somit an standardisierten, allgemein anerkannten Methoden für eine transaktionskostentheoretische Bewertung von Beschaffungsvarianten Öffentlicher Auftraggeber nicht nur über die Vertragslaufzeit, sondern über den tatsächlichen Lebenszyklus einer Immobilie oder Infrastruktureinrichtung.

Der hier betrachte Ausschnitt skizziert, wie mittels angemessener Honorierung der Angebotserstellung Einfluss auf die Verteilung der Transaktionskosten und somit auf das Verhalten der Bieter genommen werden kann. Dazu werden zunächst die Besonderheiten von Funktionalausschreibungen beschrieben. Die mit FLB verbundenen Kosten- und Wettbewerbsrisiken können als Begründung für die im Vergaberecht verankerte Prüfung der Zweckmäßigkeit einer FLB dienen. Erhöhte Angebotserstellungskosten führen nur dann zu einem vorteilhaften Kosten-Nutzen-Verhältnis, wenn entweder Transaktionskosten an anderer Stelle erspart werden, der Nutzen gemessen in der Erfüllung gestellter Anforderung gesteigert wird und / oder durch erhöhte Effizienz des eingesetzten Projektabwicklungsmodells geringere Bau-, Betriebs- und /oder Instandhaltungskosten resultieren.

Eine weitere Besonderheit von Funktionalausschreibungen ist die bereits genannte Honorierung der Angebotserstellung der Bieter, also der Planungsleistungen, auf denen die Angebote basieren. In der Praxis wird jedoch regelmäßig keine (angemessene) Honorierung gewährt. Es kann aber argumentiert werden, dass eine Honorierung Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit funktionaler Ausschreibungen haben kann, u. a. indem das Verhalten der Bieter beeinflusst wird. Es wird ausgeführt, dass mittels angemessener Honorierung der Angebotserstellung eine Intensivierung des Wettbewerbs und eine Stärkung des Qualitätswettbewerbs bewirkt werden könnte. Ein weiterer Effekt kann in einer möglichen Steigerung der Transparenz der Verrechnung von Angebotserstellungskosten gesehen werden.

Die aufgezeigten Auswirkungen auf den Wettbewerb bewirken vornehmlich eine Erhöhung des Lebenszykluskosten-Nutzen-Verhältnisses der Angebote und somit der eigentlichen Beschaffungsmaßnahme. Eine transparente Verrechnung von Transaktionskosten dient nicht nur der vollständigen Erfassung der Lebenszykluskosten, sondern kann zudem – und sollte bei rationaler Anwendung des Verursacherprinzips – zu einem erhöhten Kostenbewusstsein auf Seiten der Vergabestellen führen. Die in diesem Artikel erarbeiteten hypothetischen Auswirkungen einer Honorierung der Angebotserstellung sowie der Transaktionskosten insgesamt auf die Wirtschaftlichkeit Funktionaler Ausschreibungen bedürfen weiterer Forschungsarbeit, wobei die skizzierten theoretischen Zusammenhänge weiter aufzuschlüsseln und idealerweise anhand empirischer Untersuchungen zu prüfen sind.

⁶⁷ vgl. STOLZE (2008), S. 156

Literaturverzeichnis

BMVBS/BBR (2008)

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ; Bundesamt für Raumordnung und Bauwesen (Hrsg.): Sind Nebenangebote innovativ? Bewertung von Nebenangeboten : Untersuchung der Auswirkungen auf Innovation. BBR-Online-Publikation 14/2008

BRH (2007)

Bundesrechnungshof (Hrsg.): Bemerkungen 2007 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes

BWV (2009)

Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung: Gutachten des BWV zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau, 2009

DREES/PAUL (2008)

Drees, G. ; Paul, W.: Kalkulation von Baupreisen. 10., erweiterte und aktualisierte Auflage.
Berlin : Bauwerk Verlag GmbH, 2008

DUDKIN/VÄLILÄ (2006)

Dudkin, G. ; Välilä, T.: Transaction costs in Public-Private Partnership: A first look at the evidence.
In: Competition and regulation in network industries. Morsel : Intersentia (2006), Nr. 1, S. 307-330

FMK (2006)

Finanzministerkonferenz (Hrsg.): Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“, 2006

FRANKE ET AL. (2002)

Franke, H. ; Kemper, R. ; Zanner, C. ; Grünhagen, M.: VOB Kommentar - Bauvergaberecht, Bauvertragsrecht. 1. Auflage. Düsseldorf : Werner Verlag, 2002

HEIERMANN/RIEDL/RUSAM (2008)

Heiermann, W. ; Riedl, R. ; Rusam, M.: Handkommentar zur VOB. 11., vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage. Wiesbaden : Vieweg + Teubner | GWV Fachverlage GmbH, 2008

INGENSTAU/KORBION (2007)

Ingenstau, H. ; Korbion, H.: VOB, Teile A und B Kommentar. 16. überarbeitete Auflage hrsg. von Locher/Vygen. Neuwied : Werner Verlag, 2007

JOST (2009)

Jost, P.-J.: Organisation und Koordination. 2. Auflage. Wiesbaden : Gabler | GWV Fachverlage GmbH, 2009

KAPPELLMANN/MESSERSCHMIDT (2007)

Kapellmann, K. D. ; Messerschmidt, B.: Beck'sche Kurz-Kommentare - VOB Teile A und B. 2. Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2007

KUMLEHN/REBMANN (2006)

Kumlehn, F. ; Rebmann, A.: Die Planer bleiben oft auf ihren Kosten sitzen : Dringend nötig: Anerkannte Honorarregeln für Planer bei ÖPP-Projekten. In: Deutsches Ingenieurblatt. Berlin : Schiele & Schön (2006), Nr. 9, S. 50-55

LEINEMANN (2007)

Leinemann, R.: Die Vergabe öffentlicher Aufträge. 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage.
Köln : Werner Verlag, 2007

PFNÜR (2009)

Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien des BPPP e. V.: Optimierung von
Transaktionskosten öffentlicher Immobilieninvestitionen. In: Pfnür, A. (Hrsg.): Arbeitspapiere zur
immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis, Band Nr. 13. o. O., 2009

PORTER (2008)

Porter, M. E.: Wettbewerbsstrategie : Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten.
11., durchgesehene Auflage. Frankfurt a. M. : Campus Verlag GmbH, 2008

REBMANN (2001)

Rebmann, A.: Akquisitionscontrolling in Bauunternehmen bei Funktionalausschreibungen.
Schriftenreihe des IBB, Heft 31. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2001

SCHIERENBECK (1999)

Schierenbeck, H.: Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre. 14., unwesentlich veränderte Auflage.
München : R. Oldenbourg Verlag, 1999

SIMONS/HIRSCHBERGER (1987)

Simons, K. ; Hirschberger, H.: Funktionale Leistungsbeschreibung für die Vergabe von
Hochschulbauten - Teil 1 Untersuchungen, Erwägungsgründe und Hinweise für die Anwendung.
Schriftenreihe des IBB, Heft 20. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 1987

STOLZE (2008)

Stolze, S.-F.: Honorierung der Angebotserstellung bei PPP-Projekten : Ermittlungssystematik mit
Anwendungsbeispiel. Schriftenreihe des IBB, Heft 47. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und
Baubetrieb, 2008

STOLZE/GONSCHOREK (2009)

Stolze, S.-F. ; Gonschorek, L.: Leistungsbild Planung bei PPP-Projekten. In: Institut für Bauwirtschaft
an der Universität Kassel (Hrsg.): Tagungsband des 20. Assistententreffens der Bereiche
Bauwirtschaft, Baubetrieb und Bauverfahrenstechnik. Schriftenreihe Bauwirtschaft : Tagungen und
Berichte. Kassel : kassel university press (2009), Nr. 6, S. 107-125

VHB (2008)

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Hrsg.): Vergabe- und Vertragshandbuch
für die Baumaßnahmen des Bundes, Ausgabe 2008

VON DAMM (2004)

von Damm, C.: Gestaltungsmöglichkeiten des Wettbewerbs bei der öffentlichen Beschaffung von
Bauleistungen. Schriftenreihe des IBB, Heft 37. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und
Baubetrieb, 2004

WANNINGER (2007)

Wanninger, R.: Haben Nebenangebote noch eine Zukunft? In: Burtscher ; Gächter (Hrsg.): Value
Engineering, Partnering, PPP – Neuer Wein in alten Schläuchen? : ICC Tagungsband International
Consulting and Construction. Innsbruck : Eigenverlag (2007), Nr. 15, S. 1-21

WANNINGER/STOLZE/GONSCHOREK (2008)

Wanninger, R. ; Stolze, S.-F. ; Gonschorek, L.: Entschädigung der Angebotsausarbeitung bei PPP-
Hochbauprojekten. Bauforschungsberichte des BMVBS. Stuttgart : Fraunhofer IRB Verlag, 2008

WANNINGER/STOLZE/KRATZENBERG (2006)

Wanninger, R. ; Stolze, S.-F. ; Kratzenberg, R.: Auswirkungen von Vergabenaachprüfungsverfahren auf die Kosten öffentlicher Baumaßnahmen. In: NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. Frankfurt a. M. : C.H. Beck (2006), Nr. 8, S. 481-486

WEBER/MOß/PARZYCH (2005)

Weber, M. ; Moß, O. ; Parzych, A.: § 11 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess. In: Weber, M. ; Schäfer, M. ; Hausmann, F. L. (Hrsg.): Praxishandbuch Public Private Partnership. München : Verlag C.H. Beck (2005), S. 499-597

WÖHE (2000)

Wöhe, G.: Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre. 20., neubearbeitete Auflage. München : Verlag Franz Vahlen GmbH, 2000