



KPMG Law

Unsere Expertise. Ihre Sicherheit.

Einbindung des Baus in die Planung

**Gutachten zur Vereinbarkeit mit
Haushalts- und Vergaberecht**

für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.

RECHTSANWÄLTE
DR. MORITZ PÜSTOW
DR. TORSTEN GÖHLERT
DR. JOHANNES MEINERS

Berlin, 20. September 2018

Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung	3
B.	Ausgangslage	5
I.	Konfrontation	5
II.	Existierende Lösungen	8
1.	Internationale Modelle	8
1.1.	<i>NEC4 (UK)</i>	8
1.2.	<i>Alliancing (Australien)</i>	9
1.3.	<i>Integrated Project Delivery (USA)</i>	10
1.4.	<i>Weitere Modelle</i>	11
2.	Deutsche Modelle	11
2.1.	<i>Zwei-Phasen-Modelle (Partnering / Bauteam)</i>	11
2.2.	<i>Weitere Beispiele</i>	14
3.	Zusammenfassung	15
C.	Ausgestaltung des Zwei-Phasen-Modells	17
I.	Herausforderung	17
II.	Rechtliche Zulässigkeit der zentralen Elemente existierender Lösungen	18
1.	Haushaltsrechtliche Zulässigkeit	18
1.1.	<i>Abschluss des zweistufigen Vertrages nach Erreichung der Etatreife, § 24 BHO</i>	18
1.2.	<i>Bindung an die Kostenobergrenze in Phase 1</i>	18
1.3.	<i>Beginn der Baumaßnahme erst mit Eintritt in Phase 2, § 54 BHO</i>	19
2.	Vergaberechtliche Zulässigkeit	19
2.1.	<i>Vergabereife, § 2 EU Abs. 8 VOB/A</i>	20
2.2.	<i>Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, § 7 EU Abs. 1 VOB/A, § 7b EU VOB/A</i>	21
2.3.	<i>Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, § 127 GWB</i>	24
2.4.	<i>Wesentliche Auftragsänderungen, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A</i>	26
2.5.	<i>Losaufteilungsgebot, § 97 Abs. 4 GWB</i>	29
III.	Ausgestaltung	34
1.	Vergabeverfahren	34
1.1.	<i>Wahl der Verfahrensart</i>	34
1.2.	<i>Struktur des Vergabeverfahren</i>	35
1.3.	<i>Angebotswertung</i>	36
2.	Vertragsgestaltung	37
2.1.	<i>Phase 1 - Planungsphase</i>	37
2.2.	<i>„Exit-Möglichkeit“</i>	38
2.3.	<i>Phase 2 - Bauausführungsphase</i>	39
2.4.	<i>Vergütungsmechanismen</i>	39
2.5.	<i>Elemente partnerschaftlicher Zusammenarbeit</i>	40
D.	Abkürzungsverzeichnis	41

A. Zusammenfassung

Planung und Bau bilden eine Einheit für die Realisierung von Bauprojekten. Durch die Planung werden die zentralen Weichen für die Ausführung des Bauvorhabens gestellt. Gleichwohl findet in der klassischen Vergabep Praxis bis zum Baubeginn kein Dialog statt zwischen dem Auftraggeber und dem Planer auf der einen Seite und dem Bauunternehmen auf der anderen Seite. Die Bauleistungen werden vielmehr nach Abschluss der Planungsphase ohne Verhandlung in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zu einem festen Preis vergeben. Dieses Modell basiert auf der Überzeugung, dass Auftraggeber und Planer genau erkennen können, wie die Ziele des Auftraggebers baulich am besten zu erreichen sind und auf dem Vertrauen, dass die Bauaufgabe von ihnen so genau beschrieben wird, dass Bauunternehmen auf dieser Grundlage einen festen Preis abgeben können.

Diese Vorgehensweise berücksichtigt nicht, dass Bauunternehmen aus ihrer großen Erfahrung eigene Ideen zur optimalen Baukonstruktion, zur technischen Gebäudeausstattung, zu Baustoffen oder zum Bauablauf einbringen können. Ebenfalls bleibt unberücksichtigt, dass die (zunehmende) Komplexität der Planung zu Fehlern führen kann, die in der Bauausführung erhebliche Störungen verursachen. Schließlich bleibt unberücksichtigt, dass die Bauunternehmen im Vergabeverfahren typischerweise kein Interesse daran haben, auf Fehler oder Optimierungspotentiale hinzuweisen, da sie daraus keinen Wettbewerbsvorteil erlangen. Der fehlende Dialog zwischen Auftraggeber, Planern und Bauunternehmer in der Planungsphase ist daher eine der maßgeblichen Ursachen für Konflikte in der Bauphase und trägt erheblich zur schlechten Bilanz öffentlicher Bauprojekte bei: 40 Prozent der vom Bundesbauministerium untersuchten Hochbauprojekte haben den Kostenrahmen überschritten; die Hertie School of Governance beziffert die durchschnittliche Kostensteigerung bei Großprojekten auf 73 Prozent.

Diese Erfahrung ist kein Phänomen des öffentlichen Baus in Deutschland. Andere Länder und die Privatwirtschaft haben auf vergleichbare Erkenntnisse dadurch reagiert, dass sie kooperative Formen der Projektrealisierung entwickelt haben, in denen Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen partnerschaftlich zusammenarbeiten und Bauunternehmen bereits in den Planungsprozess eingebunden sind. Auch die Bundesregierung hat sich im Aktionsplan Großprojekte 2015 zu einer Kooperationskultur zwischen allen Vertragsparteien bekannt. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat 2018 konkrete Elemente der partnerschaftlichen Zusammenarbeit im Leitfaden Großprojekte beschrieben. Mit der Reform Bundesbau hat sich auch das Bauministerium im April 2016 dazu verpflichtet, Erfahrungen mit partnerschaftlich organisierten Vertragsmodellen zu sammeln.

Obwohl das Bundesbauministerium in der Reform Bundesbau darauf hingewiesen hat, dass die Projektziele oftmals nicht durch eine eindeutige und umfassende Beschreibung des Bau-Solls erreicht werden können, wird in Deutschland bei öffentlichen Bauprojekten eine Zusammenarbeit von Auftraggeber, Planern und Bauunternehmen in der Planungsphase bislang nicht gesucht. Demgegenüber ist die frühzeitige Einbindung der Bauunternehmen in die Planung nicht nur in der Privatwirtschaft sondern auch in der internationalen Praxis heute ein wesentliches Element der partnerschaftlichen Zusammenarbeit. Die Partnerschaft ist in diesen Fällen durch ein Zwei-Phasen-Modell gekennzeichnet. Zunächst beauftragt der Auftraggeber einen Planer, mit dem er die Projektziele definiert, die Haushaltsreife auf Grundlage der Vorplanung erreicht und eine funktionale Leistungsbeschreibung erstellt. Auf dieser Grundlage führt er ein Verfahren zur Auswahl eines Bauunternehmens. Das Bauunternehmen bildet in der Phase 1 seiner Leistung ein Bauteam mit dem Planer und unterstützt diesen durch die Einbringung seines Know-hows bei der Erarbeitung und Optimierung der Entwurfsplanung zur Erreichung der Ziele des Auftraggebers. Am Ende dieser Phase 1 konkretisiert das Bauunternehmen, ob die von ihm angebotenen Kosten- und Terminziele unterschritten oder eingehalten werden können. Soweit dies der Fall ist, setzt der Auftraggeber den Vertrag mit dem Bauunternehmen fort, so dass das Bauunternehmen nun in Phase 2 des Projekts die Ausführungsplanung und die Bauleistungen erbringt. An den erreichten Optimierungen partizipieren sowohl der Auftraggeber als auch der Planer und das Bauunternehmen. Soweit das Bauunternehmen die von ihm im Vergabeverfahren angebotenen Ziele nicht einhalten kann, ist der Auftraggeber berechtigt, die Zusammenarbeit zu beenden.

Dieses Gutachten zeigt, dass eine solche frühzeitige Einbindung von Bauunternehmen in die Planung durch öffentliche Auftraggeber in Deutschland ebenso rechtlich möglich ist, wie etwa in Finnland oder Großbritannien. Das Vergaberecht zeigt mit seiner Öffnung für Qualität und Innovation (§ 97 Abs. 3 GWB), mit der Zulassung von zweistufigen Vertragsmodellen die Planung und Ausführung umfassen (§ 119 Abs. 7 GWB), mit der Flexibilität gegenüber nachträglichen Änderungen (§ 132 GWB), mit der Zulassung von mehr Dialog im Vergabeverfahren (§ 3a EU VOB/A) oder mit der erleichterten Wertung von Managementkompetenzen und Qualität (§ 16d EU Abs. 2 VOB/B), dass Zwei-Phasen-Modelle bei Sicherung von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung möglich sind. Bekräftigt wird dies durch das Ziel der EU-Kommission, die Vergabe öffentlicher Aufträge von einem rein administrativen auf einen an strategischen Zielen und Bedürfnissen ausgerichteten Ansatz umzustellen.¹

Konkret ist für das Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung ein einheitlicher Projektvertrag über die Mitwirkung des Bauunternehmens an der Planung in Phase 1 und seine Bauausführung in Phase 2 zu schließen. Ein solches Vorgehen ist haushalts- und vergaberechtlich auf Grundlage der Vorplanung möglich. Denn mit der Erreichung der Etabilität und der Veranschlagung der Haushaltsmittel (§ 24 BHO) sowie dem manifestierten Beschaffungswillen des Auftraggebers ist die Vergabereife (§ 2 EU Abs. 8 VOB/A) gegeben. Die Leistungsbeschreibung auf diesem frühen Planungsstand kann die Ziele des Auftraggebers eindeutig und erschöpfend beschreiben (§ 7 EU Abs. 1 VOB/A), so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können. Grundlage für die Angebotswertung (§ 127 GWB) muss neben dem Preis auch die angebotene Leistungsqualität sein, typischerweise auch die Managementqualität. Eine weitere Herausforderung bei der Vergabe eines zweistufigen Vertrags in einem einheitlichen Vergabeverfahren ist, dass sich durch die Konkretisierung der Planung in Phase 1 kostenrelevante Veränderungen ergeben können, die das Haushalts- und Vergaberecht nur eingeschränkt zulassen (§ 54 BHO, § 132 GWB). Daher muss das Bauunternehmen am Ende der Phase 1 verbindlich bestätigen, ob die von ihm vor Vergabe genannten Kosten unterschritten oder eingehalten werden. Diese Konkretisierung stellt die Wertungsfähigkeit der Angebote in der Vergabephase nicht in Frage, da die Angebotswertung stets eine Prognoseentscheidung ist. Entscheidend ist jedoch, dass der Projektvertrag sichert, dass der Bieter Anreize für eine Unterschreitung oder zumindest Einhaltung der im Vergabeverfahren genannten Preise hat. Zudem muss der Auftraggeber berechtigt sein, den Projektvertrag bei Verfehlung der Ziele am Ende der Planungsphase zu beenden und die Bauleistungen auf Grundlage der weiterentwickelten Planung ggf. neu auszuschreiben. Zur Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze (§ 97 Abs. 1 GWB) kann bei substantiellen Kostensteigerungen (ca. 15%) eine Pflicht zur Beendigung der Partnerschaft bestehen. Das Zwei-Phasen-Modell kann mittelstandsfreundlich ausgestaltet werden und ist mit dem Gebot der Losvergabe vereinbar (§ 97 Abs. 4 GWB).

In der Praxis erfordert dies die Bereitschaft von öffentlichen Auftraggebern, Planern und Bauunternehmern, sich auf die Beschreitung neuer Wege einzulassen. In der Gestaltung des Vergabeverfahrens müssen die öffentlichen Auftraggeber die Spielräume des Vergaberechts nutzen. Bei der Vertragsgestaltung muss von dem Gerüst der VOB/B abgewichen werden. In der jüngeren Zeit haben jedoch einzelne Auftraggeber Wege gefunden, den Bau in die Planung einzubeziehen.² Eine einheitliche Praxis hat sich dabei noch nicht entwickelt. Dieses Gutachten enthält Hinweise dazu, was für die Ausgestaltung des Zwei-Phasen-Modells erforderlich ist und welche Gestaltungsmöglichkeiten sich bieten.

¹ Mitteilung der Kommission vom 3. Oktober 2017, COM(2017) 572 final - Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa.

² BVG (ABl. EU 2016/S 077-137881. Zwei-Phasen-Modell im Verhandlungsverfahren); HOWOGE (ABl. EU 2017/S 250-526411 – Zwei-Phasen-Modell als Innovationspartnerschaft); LBB (ABl. EU 2016/S 180-322199 Partnering Weilerbach), BLB (ABl. EU 2015/S 205-371615 SEP (Schlüssselfertige Errichtung mit integrierter Planung)).

B. Ausgangslage

I. Konfrontation

Über 320 Milliarden Euro und damit knapp 10 Prozent des Bruttoinlandprodukts werden in Deutschland für Bauinvestitionen verwendet.³ Hiervon entfallen ein Drittel auf das Bauhauptgewerbe.⁴ Die 75.000 Betriebe des Bauhauptgewerbes, welche vorwiegend Roh- und Tiefbauleistungen erbringen, erwirtschaften 114 Milliarden Euro Umsatz.⁵ Davon entfallen gut 28 Prozent auf Projekte mit der öffentlichen Hand.⁶

Öffentlichen Bauprojekten schlägt großes Misstrauen entgegen. Seine Ursache findet das Misstrauen in der starken öffentlichen Wahrnehmung von solchen (Groß-)Projekten, die ihre Termin- und Kostenziele verfehlen. Nach Untersuchungen des Bundesbauministeriums haben zwischen 2000 und 2015 von 300 untersuchten Hochbauprojekten 40 Prozent den Kostenrahmen überschritten und 35 Prozent den Terminrahmen.⁷ Die Hertie School of Governance hat für 170 deutsche Großprojekte eine durchschnittliche Kostensteigerung von 73 Prozent errechnet.⁸ Gewinner gibt es in dieser Entwicklung nicht: Bürger verlieren das Vertrauen in die öffentliche Hand, die Verwaltung verliert Planungssicherheit und die Bauwirtschaft gefährdet ihre Reputation auch im internationalen Wettbewerb. Die Kostensteigerungen reichen der Bauwirtschaft nicht zum Vorteil. Die Insolvenzhäufigkeit im Bauhauptgewerbe liegt bei 129 Insolvenzen auf 10.000 Unternehmen und damit deutlich über der Quote der Gesamtwirtschaft von 62/100.000.⁹ Die Umsatzrendite im Baugewerbe liegt zwar bei 4,5 – 5 Prozent,¹⁰ geht aber mit steigender Unternehmensgröße tendenziell zurück.

Die Ursachen für diese Entwicklung sind vielfältig. In der Reformkommission Bau von Großprojekten ist die gesamte Wertschöpfungskette Bau zu einer gemeinsamen Erkenntnis über wesentliche Herausforderungen gekommen: Die zunehmende Komplexität der Technik und der gesetzlichen Anforderungen wird regelmäßig unterschätzt, das Streben nach einem schnellen Projekterfolg führt dazu, dass die Planung zu Lasten der Qualität beschleunigt wird, die Nennung von Kostenzielen erfolgt vor einer detaillierten Befassung mit dem Projekt, Risiken werden nur unzureichend gemanagt, Planungsänderungen werden vielfach auch nach Baubeginn zugelassen, Zuständigkeiten und Kompetenzen sind oft nicht angemessen personell besetzt und im Konfliktfall investieren alle Beteiligten viel in die Wahrung eigener Positionen statt in eine gemeinsame Suche nach Lösungen.

Die Komplexität der Projekte findet keinen Widerhall im Zustandekommen der Verträge. Der klassische Weg der Auftragsvergabe für öffentliche Bauprojekte ist der Zuschlag auf das günstigste Angebot im offenen Verfahren. In diesem Verfahren definiert der Auftraggeber das Bau-Soll abschließend in einer oftmals durch einen externen Planer erstellten Leistungsbeschreibung. Der Markt wird aufgefordert, die so definierte Werkschuld zu bepreisen. Ein Dialog über Planungsdetails, die Bauausführung, über Schnittstellen, den Bauablauf, die Baulogistik oder Risiken findet nicht statt. Ein klassisches Bauprojekt in dieser Form kann für die Beteiligten aber nur erfolgreich sein, wenn alle über ausreichende und die gleichen Informationen verfügen. In der Praxis liegt diese Voraussetzung vielfach nicht vor. Auftraggeber haben durch ihre vertragliche Nähe zum Planer und durch ihre Verantwortung als Grundstückseigentümer sowie Besteller zumindest eine stärkere Sachnähe zu Planungsrisiken, Baugrundrisiken und

³ Statistisches Bundesamt, Fachserie 18 Reihe 1.2, Berechnungen des HDB, 2017.

⁴ Statistisches Bundesamt, VGR, Arbeitsunterlage Investitionen.

⁵ Statistisches Bundesamt, Betriebe mit 20 und mehr Beschäftigten, Hochrechnung auf alle Betriebe durch HDB.

⁶ Statistisches Bundesamt, Betriebe mit 20 und mehr Beschäftigten, Hochrechnung auf alle Betriebe durch HDB.

⁷ https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Bundesbauten/bauausschuss_bericht_bundesbauprojekte.pdf.

⁸ Hertie School of Governance, Studie: Großprojekte in Deutschland – zwischen Ambition und Realität, Fact Sheet 1.

⁹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 2, Reihe 4.1, Berechnungen des HDB, 2017.

¹⁰ Je nach Größenschichtung in den Jahren 2013 bis 2015; Deutsche Bundesbank, Statistische Sonderveröffentlichungen 6, Mai 2018.

Nutzungsrisiken. Bieter wiederum nutzen den Wettbewerb vielfach, um die vorliegende Planung auf Fehler zu analysieren und daraus Nachtragspotentiale abzuleiten.¹¹ Diese Informationsasymmetrie, ein unzureichendes Risikomanagement und die fehlende Identifikation gemeinsamer Ziele führen zu vorprogrammierten Konflikten über die Verantwortung für eingetretene Risiken oder notwendige Planungsänderungen. Auch das Bauministerium weist darauf hin, dass diese klassische Herangehensweise, die Projektziele durch eindeutige und umfassende Beschreibung des Bau-Solls erreichen zu können, in der Praxis immer mehr an Grenzen stöße.¹²

Die Reformkommission Bau von Großprojekten hat einen wegweisenden Impuls für eine neue Kultur bei Bauprojekten gesetzt. Der Endbericht der Reformkommission vom Juni 2015 enthält wichtige Handlungsempfehlungen dafür, wie Kostensicherheit und Termintreue im Hoch- und Infrastrukturbau verbessert werden können. Im Aktionsplan Großprojekte hat die Bundesregierung im Dezember 2015 ihre Haltung geäußert, dass zwischen allen Vertragsparteien eine Kooperationskultur herrschen solle. Die Vertragspartner sollten sich als gleichwertige Projektpartner behandeln und über die gleichen Informationen verfügen. Mit der Reform Bundesbau hat sich das Bauministerium im April 2016 dazu verpflichtet, Erfahrungen mit partnerschaftlich organisierten Vertragsmodellen zu sammeln.

Zur Identifikation gemeinsamer Ziele und zur Überwindung der Informationsasymmetrien müssen auf Basis einer Vertrauenskultur und bei Wahrung der Transparenz Kommunikation und Kooperation zwischen allen Projektbeteiligten verbessert werden,¹³ also zwischen Nutzern, Bauherren, Planern und Bauunternehmern. Die meisten der bislang im deutschen öffentlichen Sektor praktizierten Elemente partnerschaftlicher Ansätze bilden dies noch nicht ab. Dies gilt auch jenseits der klassischen Auftragsvergabe. So beseitigt zwar die funktionale Leistungsbeschreibung einen Teil der Informationsasymmetrie, wenn funktionale Ziele klar und einfach beschrieben werden; sie nimmt aber dem Auftraggeber Einfluss auf Planungsdetails. Building Information Modeling (BIM) verbessert die Transparenz in der Planungsphase; ohne die Einbindung der Bauunternehmen in die Planung bleiben aber auch bei Nutzung von BIM Potentiale für den gesamten Bauprozess, etwa Optimierungen in der technischen Produktentwicklung oder die Verbesserung baubetriebswirtschaftlicher Abläufe und der Baulogistik, ungenutzt. Im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog kann die Planung zwar zum Gegenstand des Austauschs gemacht werden; die Wettbewerbssituation schränkt die Bereitschaft und die Möglichkeiten zur Kooperation zwischen Auftraggeber, Bauunternehmen und Planer jedoch signifikant ein. Durch Anreize für Optimierungen der Planung nach Zuschlagserteilung („value engineering“) kann das Bau Know-how noch vor der Ausführung der Bauleistungen einbezogen werden; der Auftraggeber kann aber bei Zuschlagserteilung noch keine Einschätzung zu den Optimierungspotentialen treffen.¹⁴

Nicht nur die Privatwirtschaft sondern vor allem auch ausländische Auftraggeber nutzen wesentlich intensivere Dialogformen bis zum Baubeginn und darüber hinaus. Den Modellen Bauteam in den Niederlanden, Partnering in der Privatwirtschaft, Alliancing in den USA, Australien und Finnland oder NEC 4 in Großbritannien ist gemein, dass Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen Projekte kooperativ planen und erst auf dieser Grundlage über die Beauftragung der Bauleistungen entschieden wird.

Das Potential einer gemeinsamen Planung wird deutlich, bei Betrachtung der nicht vermeidbaren und damit hinzunehmenden Kostenunschärfen der Planung. Die ständige obergerichtliche Rechtsprechung¹⁵ geht, wie auch der Bundesgerichtshof,¹⁶ davon aus, dass dem Planer bei der Ermittlung der voraussichtlichen Baukosten ein gewisser Toleranzbereich zuzubilligen ist, für den er dem Auftraggeber nicht haftet. Dieser hängt ab vom Stadium der Planung und dem jeweiligen Bauprojekt. Für Altbausanierungen werden z.B. größere Toleranzen zugebilligt als für Neubauten. Auch wenn es deshalb keine festen Toleranzen geben kann, gibt die nachfolgende Grafik zur Orientierung eine Übersicht.¹⁷

¹¹ Ökonomie des Baumarktes, S. 283f.

¹² Reform Bundesbau, S. 21.

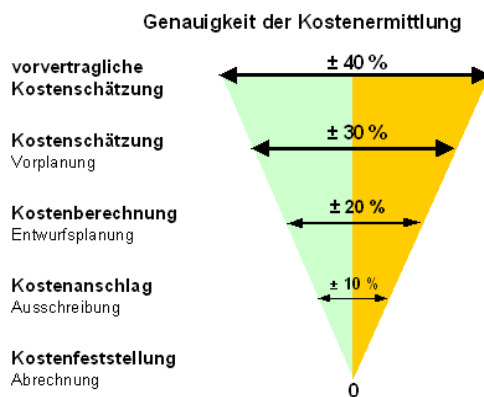
¹³ Materialband zum Leitbild Bau, S. 81f.; BMUB, Januar 2009.

¹⁴ Die DEGES hat beim Pilotprojekt für den 4-streifigen Neubau der BAB A71 auch dieses Element der partnerschaftlichen Projektzusammenarbeit angewandt, vgl. HDB, Bauen statt streiten. Partnerschaftsmodelle am Bau, S. 22.

¹⁵ OLG Hamm, Urteil vom 29.03.1990 - 21 U 139/89; OLG München, Urteil vom 28.06.2007 - VII ZR 107/06; KG Berlin, Urteil vom 16.03.2010 - 7 U 53/08; OLG Frankfurt, Urteil vom 15.12.2011 - 12 U 71/10.

¹⁶ BGH, Urteil vom 19.12.1993 - VII ZR 115/92; BGH, Urteil vom 23.01.1997 - VII ZR 171/95.

¹⁷ Grafik: Kochendörfer, Liebchen, Viering in Bau-Projekt-Management: Grundlagen und Vorgehensweisen, Leitfaden des Baubetriebs und der Bauwirtschaft, 4. Auflage, 2010.



In diese Betrachtung noch nicht mit einbezogen sind Kostenabweichungen aufgrund fachlicher Fehler in der Planung. Die hieraus resultierenden Kostenrisiken kommen zu diesen Toleranzen, die auch bei Einhaltung der geschuldeten Sorgfalt entstehen können, noch hinzu. Defizite der Planung können zu ganz erheblichen Koststeigerungen führen, insbesondere wenn sie nicht rechtzeitig erkannt und frühzeitig korrigiert werden.

Eine höhere Verlässlichkeit der Kostenermittlung kann durch einen Dialog zwischen Planer und Bauunternehmen erreicht werden. Denn die der Ausschreibung zugrundeliegende Kostenermittlung ist das Resultat aus mindestens vier Elementen, die zutreffend erarbeitet und bewertet werden müssen: die Planung (je nach Stand bei Vergabe), die Mengenermittlung, die Preisansätze und der Zeitpunkt der Bauausführung. In allen diesen Elementen sind Aspekte enthalten, deren zur Kostenermittlung notwendige Bewertung durch einen Austausch zwischen Planern und Bauunternehmen begünstigt werden kann. Die Planung und Mengenermittlung können unter Einbeziehung der Bauausführungskompetenzen des Bauunternehmens auf eine wirtschaftliche Ausführung optimiert und auf Fehler geprüft werden. Die Preisansätze müssen nicht auf Durchschnittswerte gegründet, sondern können individuell mit den ausführenden Unternehmen auf das konkrete Projekt zugeschnitten werden. Schließlich kann der zeitliche Bauablauf in Abstimmung mit dem Bauunternehmen optimiert und auf die Terminziele des Auftraggebers abgestimmt werden. Die höhere Verlässlichkeit der einzelnen Aspekte der Kostenermittlung sorgt im Ergebnis dafür, dass auch die gemeinsame Kostenermittlung eine höhere Genauigkeit aufweist. Häufig ist das Bauunternehmen dann auch bereit und in der Lage, verbindliche Preiszusagen zu treffen und Risiken zu übernehmen.

International und in der Privatwirtschaft existierende Modelle des kooperativen Planens (unten II) werden in öffentlichen Bauprojekten in Deutschland nur vereinzelt genutzt, obwohl die Entscheidungsgrundlage Bau (ES-Bau) gemäß Abschnitt E 2.2 der Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) unter anderem fordert, verschiedene Beschaffungsmodelle zu untersuchen. Gemäß Ziffer 3.1.2 des „Leitfadens Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei der Vorbereitung von Hochbaumaßnahmen des Bundes“, soll hierdurch eine möglichst kostengünstige Bedarfsdeckung herbeigeführt werden. Die Struktur unseres Marktes begründet die Zurückhaltung gegenüber Partnerschaftsmodellen nicht. Im Bauteam Leitfaden für Architekten und Handwerker heißt es etwa: „Das Bauteam eignet sich insbesondere für mittelständische Handwerksunternehmen, die ihre Erfahrungen für die Projektbearbeitung zur Verfügung stellen.“¹⁸

¹⁸ Architektenkammer Baden-Württemberg, Bauteam – ein Leitfaden für Architekten und Handwerker, 2009, S. 23.

II. Existierende Lösungen

Das konfrontative und konflikträchtige Verhältnis zwischen Bauherr, Planer und Bauunternehmen ist weltweit als Herausforderung erkannt. Die hierzu international und in der Privatwirtschaft gefundenen Lösungen lassen drei Elemente erkennen:

- eine durch partnerschaftliche Zusammenarbeit geprägte Projektkultur (Partnerschaftliche Projektzusammenarbeit, **Partnerschaft**),
- eine frühzeitige Einbindung des Baus in die Planung (early contractor involvement, **ECI**) und
- eine Kooperation aller am Projekt Beteiligten durch Schaffung gemeinsamer Ziele und Kooperation (**Allianz**).

Wichtige entwickelte Lösungen sollen nachfolgend kurz vorgestellt werden.

1. Internationale Modelle

1.1. NEC4 (UK)

In Großbritannien sind die Grundsätze des kooperativen Planens und Bauens geprägt durch den Bericht „Constructing the Team“ von Sir Michael Latham aus 1994. Der Bericht fordert partnerschaftliche Verträge und empfiehlt die Nutzung des New Engineering Contracts (NEC).¹⁹ Die NEC Verträge sind eine Vertragsfamilie für verschiedene Beschaffungsmodelle. Sie sind heute der Standardvertrag für öffentliche Beschaffungen in Großbritannien und Hong Kong.²⁰ Im Juni 2017 wurde mit den NEC4 eine weiterentwickelte Fassung der Vertragsfamilie veröffentlicht, die unter anderem neue Entwicklungen im digitalen Bereich, vor allem im Zusammenhang mit BIM, einbezieht.²¹

Partnerschaft. Die NEC Verträge sind darauf gerichtet, Transparenz, Vertrauen und Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien zu fördern. Die Beteiligten sollen in die Lage versetzt werden, gemeinschaftlich handeln und dabei ihre jeweils eigenen Ziele besser erreichen zu können.²² Zu den Elementen gehört, dass der Auftragnehmer seine baubetrieblichen Abläufe detailliert präzisieren muss und beide Vertragsparteien verpflichtet sind, sich gegenseitig unverzüglich über Störungen zu informieren. Alternativ zu Einheitspreisen und Pauschalpreisen enthalten die NEC4 Verträge Klauseln für die Vergütung nach Aufwand, zu Zielpreisen und open-book Vergütung. Auf die Erreichung und Verfehlung von Zielen reagieren die Verträge mit Sanktionen, aber auch mit Bonuszahlungen. Insgesamt ist der Vertragsmechanismus gekennzeichnet durch laufendes Benchmarking, Zieldefinition, Bewertung, Kommunikation und Anpassung. Zur Konfliktbewältigung enthalten die NEC4 Verträge nunmehr Mechanismen der außergerichtlichen Streitbeilegung.

ECI. Die NEC4 Vertragstypen sehen die frühzeitige Einbindung des Baus in die Planung als ein Modell vor, um die Planungsqualität frühzeitig zu steigern.²³ Hierfür wird empfohlen, in zwei (oder drei) Phasen vorzugehen. Für die erste Phase(n), die Planungsphase(n), soll das Bauunternehmen nach Aufwand vergütet werden (Engineering and Construction Contract [„ECC“], Option E, cost reimbursement). Der Eintritt in die zweite Phase, die Bauphase kann nach den Empfehlungen erfolgen, sobald die Planungen soweit fortgeschritten sind, dass verbindliche Preise vereinbart werden können. Wenn die Preise zu hoch sind, kann der Auftraggeber von der Beauftragung der Bauleistungen absehen. Die Vergütung in der Bauphase könne erfolgen auf Basis von Pauschalpreisen (ECC, Option A and B) oder Zielpreisen.

¹⁹ Constructing the Team, final report of the government / industry review of procurement and contractual arrangements in the UK construction industry, Juli 1994, VII, S. 37ff.

²⁰ <https://www.ice.org.uk/knowledge-and-resources/professional-practice/nec-contracts-and-ice-conditions-of-contract>; <https://www.neccontract.com/About-NEC/News-Media/Hong-Kong-government-endorses-NEC-as-main-contract>.

²¹ Vgl. NEC 4, Establishing a procurement and contract strategy, volume 1, June 2017; Die erste Fassung der NEC Verträge stammt von 1993 und wurde zwei Jahre später überarbeitet. Der Durchbruch der Vertragsfamilie kam mit den NEC3 Verträgen, welche 2005 veröffentlicht wurden.

²² NEC 4, Establishing a procurement and contract strategy, volume 1, June 2017, page 3.

²³ NEC 4, Establishing a procurement and contract strategy, volume 1, June 2017, page 21.

(ECC, Option C and D). Bei einer Zielpreisvereinbarung erfolgt die Vergütung auf Basis der tatsächlichen Kosten („Price for Work Done to Date“). Die Kosten werden dabei im ersten Schritt durch einen Projektmanager geprüft. In einem zweiten Schritt vergleicht der Projektmanager die tatsächlich entstandenen Kosten mit den prognostizierten Kosten („Prices“). Kostenunter- und -überschreitungen werden anhand im Vorfeld festgelegter Prozentsätze („The Contractor’s share“) anteilig auf Auftraggeber und Auftragnehmer umgelegt.

Allianz. In der Option X12 („Multiparty collaboration“) enthalten die NEC4 Verträge auch ein Vertragsmodell zur Bildung einer Allianz zwischen allen Baubeteiligten durch die Etablierung von Entscheidungsgremien und gemeinsamen vergütungsrelevanten Zielen (Key Performance Indicator).²⁴

1.2. *Alliancing (Australien)*

Alliancing hat sich in Australien als Projektorganisationsmodell für Großprojekte etabliert.²⁵ Das Alliance Modell hat die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen allen Projektbeteiligten zum Ziel („*all Participants are required to work together in good faith, acting with integrity and making best for project decisions*“²⁶).

Der Alliance Vertrag kehrt ab von der klassischen Rollenverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Dieses Rollenbild wird nur für Projekte als geeignet angesehen, bei denen es lediglich überschaubare Risiken, keine Informationsasymmetrien und damit vorhersehbare Ergebnisse gibt.²⁷ Alliance Verträge kombinieren die Ansätze der **Partnerschaft**, des **ECI** und der **Allianz**.

Die Besonderheit der Alliance Modelle ist eine rechtlich strukturierte Form der partnerschaftlichen Zusammenarbeit.²⁸ Alliance Modelle sind geprägt durch ein gemeinsames Projektteam aller Projektbeteiligten, eine für alle Projektbeteiligten einheitliche Definition der Projektaufgabe, einheitliche kaufmännische Grundlagen für alle Projektbeteiligten und zwischen allen Projektbeteiligten vereinbarte Zielkosten.²⁹ Ausgangspunkt der Allianz bildet die Zielvorgabe des Bauherrn, die typischerweise Budgetvorgaben und Qualitätsziele enthält (das sogenannte Value for Money Statement).³⁰ In der Projektorganisation sind Mitarbeiter des Bauherrn (the Owner) und der übrigen Projektbeteiligten (Non-Owner Participants, NOP) vereint. Kernelemente der Projektorganisation sind das Alliance Leadership Team (ALT) und das Alliance Management Team (AMT). Beide sind sowohl durch den Bauherrn und die anderen Projektbeteiligten besetzt. Abgesehen von einzelnen Entscheidungen, die dem Bauherrn vorbehalten bleiben (wie etwa ein Kündigungsrecht), werden Entscheidungen zur Umsetzung der Zielvorgaben im ALT einstimmig getroffen.³¹

Zur Erreichung der gemeinsam definierten Projektaufgabe verpflichten sich alle Projektbeteiligten auf sieben partnerschaftliche Verhaltensregeln:³²

²⁴ NEC 4, Establishing a procurement and contract strategy, volume 1, June 2017, page 14, 16.

²⁵ Peitsch, Neue Project-Governance-Ansätze: Von Down Under lernen, Public Governance, 2014.

²⁶ National Alliance Contracting Guidelines, S. 9.

²⁷ National Alliance Contracting Guidelines, S. 11.

²⁸ Eschenbruch/Racky, Partnering in der Bau- und Immobilienwirtschaft, 1. Auflage 2008, S. 67; Bickert, Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrungsvertrag, 1. Auflage 2013, S. 130.

²⁹ National Alliance Contracting Guidelines, S. 12f.

³⁰ National Alliance Contracting Guidelines, S. 12.

³¹ National Alliance Contracting Guidelines, S. 23.

³² National Alliance Contracting Guidelines, S. 14.

- Teilung von Chancen und Risiken,
- Außergerichtliche Streitbeilegung („no disputes“),
- Gemeinsame Entscheidungsfindung zur bestmöglichen Zielerreichung,
- Kooperation („no fault – no blame“ culture),
- Vertrauen (“good faith”),
- Transparenz durch open book Dokumentation und Berichtswesen,
- Gemeinsames Projektmanagement.

1.3. *Integrated Project Delivery (USA)*

In den USA wurde mit dem Konzept der Integrated Project Delivery (IPD) zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit von Bauprojekten auf schwache Produktivitätssteigerungen bei Bauprojekten und zunehmende Komplexität der Projekte reagiert.³³

IPD vereint ebenfalls die Elemente der **Partnerschaft**, des **ECI** und der **Allianz**. Kernelement ist ein einheitlicher Vertrag zwischen allen Beteiligten über Planung und Bau. Durch IPD Verträge werden die Projektpartner im Interesse der Projektziele voneinander abhängig gemacht. Der jeweilige Unternehmenserfolg ist abhängig vom Projekterfolg. Der Vertrag etabliert eine enge Kooperation, enthält Regeln zur gemeinsamen Entwicklung von Zielen, zur gemeinsamen Entscheidungsfindung, zur Koordination der Arbeiten („lean principles“), regelt die Verantwortungen und enthält Mechanismen zur Teilung von Chancen und Risiken.³⁴ Kosten und Termine können unabhängig überprüft werden.³⁵

Traditionelle Projektabwicklung und IPD werden einander wie folgt gegenübergestellt.³⁶

Traditionelle Projektabwicklung		IPD
fragmentiert; nur bei Bedarf / im notwendigen Maß zusammengestellt; stark hierarchisch; kontrolliert	Teams	integriertes Team aus den Schlüsselparteien des Projekts, früh am Prozess beteiligt; offen; kooperativ
linear; getrennt; Informationen werden bedarfsgerecht gesammelt; keine Teilung von Wissen und Erfahrungen	Prozesse	parallel und in mehreren Ebenen verlaufend; frühes und offenes Teilen von Wissen, Erfahrungen und Informationen; Vertrauen und Respekt
individuelles Management; Übertragung soweit wie möglich	Risiko	gemeinschaftliches Management; angemessene Teilung
individuelle Vergütungsziele; kleinsten Aufwand für größtmöglichen Ertrag; (normalerweise) kostenbasiert.	Kompensierung / Vergütung	Team-Erfolg an Projekt-Erfolg gebunden; wertbasiert
Papier-basiert; zweidimensional; analog	Kommunikation / Technologie	digital-basiert, virtuell; Building Information Modeling (drei-, vier- und fünfdimensional)
einseitiger Aufwand wird gefördert; Risikoverteilung (und nicht –teilung)	Verträge	multilaterale Zusammenarbeit wird gefördert, begünstigt und befürwortet; Risikoteilung

³³ Integrated Project Delivery for public and private owners, 2010, S. 1.

³⁴ Integrated Project Delivery: A Guide, 2007, S. 32ff.

³⁵ Integrated Project Delivery: A Guide, 2007, S. 37, 42.

³⁶ Integrated Project Delivery: A Guide, 2007, S. 1.

1.4. Weitere Modelle

In **Österreich** enthält die ÖNORM B 2118 (Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten) mit der Einrichtung der Partnerschaftssitzung (Ziff. 5.3) ein Element der Vertrauensbildung.

Finnland. In Finnland werden Allianz Projekte nach australischem Vorbild insbesondere im Infrastrukturbau regelmäßig von der öffentlichen Hand angewandt und nach europäischem Recht EU-weit ausgeschrieben. Da die Bauleistungen erst nach Abschluss der gemeinsamen Planungsphase bepreist werden, wird als ein Zuschlagskriterium regelmäßig der angebotene Zuschlagssatz (Wagnis/Gewinn) auf die unmittelbaren Baukosten gewählt.³⁷

Lean Construction ist eine Managementmethode zur Produktions- und Terminsteuerung. Es etabliert ein ganzheitliches Prozessdenken mit Fokus auf die Bauherrenbedürfnisse und mündet in einer starken Organisation und Steuerung der Leistungen an diesen Zielen. Voraussetzung ist eine phasenübergreifende Zusammenarbeit aller Projektbeteiligten.³⁸

Art. 34 2004/18/EG. Art. 34 der Richtlinie 2004/18/EG sah im Kapitel V (Verfahren) ein Wettbewerbsverfahren zur Bildung von Allianzen für Planung und Bau im sozialen Wohnungsbau vor.

Im Fall öffentlicher Bauaufträge, die sich auf die Gesamtplanung und den Bau von Wohneinheiten im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus erstrecken und bei denen die Planung wegen des Umfangs, der Komplexität und der voraussichtlichen Dauer der Arbeiten von Anfang an in enger Zusammenarbeit in einer Arbeitsgemeinschaft aus Beauftragten der öffentlichen Auftraggeber, Sachverständigen und dem für die Ausführung des Vorhabens vorgesehenen Unternehmer durchgeführt werden muss, kann ein besonderes Vergabeverfahren angewandt werden, um sicherzustellen, dass der zur Aufnahme in die Arbeitsgemeinschaft am besten geeignete Unternehmer ausgewählt wird.

Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung insbesondere eine möglichst genaue Beschreibung der auszuführenden Arbeiten, damit die daran interessierten Unternehmer das auszuführende Vorhaben richtig beurteilen können. Außerdem geben sie in dieser Bekanntmachung gemäß den in den Artikeln 46 bis 52 genannten Eignungskriterien an, welche persönlichen, technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Anforderungen die Bewerber erfüllen müssen.

Wird ein solches Verfahren in Anspruch genommen, so wendet der öffentliche Auftraggeber die Artikel 2, 35, 36, 38, 39, 41, 42, 43 und 45 bis 52 [der Richtlinie] an.

Das Verfahrensmodell bestätigt die Offenheit des Vergaberechts für die frühzeitige Einbindung des Baus in die Planung, wurde jedoch im deutschen Recht nicht umgesetzt. In der Richtlinie 2014/24/EU ist die Vorschrift nicht mehr enthalten. Eine Absage an dieses Beschaffungsmodell ist damit jedoch nicht verbunden. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie stellt klar: „Die zunehmende Vielfalt öffentlicher Tätigkeiten macht es erforderlich, den Begriff der Auftragsvergabe selbst klarer zu definieren. Diese Präzisierung als solche sollte jedoch den Anwendungsbereich dieser Richtlinie im Vergleich zu dem der Richtlinie 2004/18/EG nicht erweitern.“

2. Deutsche Modelle

2.1. Zwei-Phasen-Modelle (Partnering / Bauteam)

Deutsche Investoren und die deutsche Bauindustrie nutzen ein Zwei-Phasen-Modell, welches die Managementinstrumentarien der Partnerschaft und des ECI verknüpft.³⁹ Die von den Unternehmen der

³⁷ Petäjaniemi, Alliancing in Finnish Transport Agency.

³⁸ Gehbauer, Lean Management im Bauwesen – Grundlagen.

³⁹ Zechbau Partnering; Strabag Teamconcept; Hochtief PreFair, Kondor Wessels Bauteam.

Deutschen Bauindustrie genutzten Partnerschaftsmodelle zeichnen sich durch folgende Elemente aus:⁴⁰

- Frühzeitige Einbindung der Ausführungskompetenz des Bauunternehmers in den Planungsprozess,
- Gemeinsame Festlegung des Bau-Solls, Herbeiführung einer identischen Bau-Soll-Auslegung zwischen Bauherr und Bauunternehmer vor Vertragsabschluss,
- Ausgewogene Vertragsgestaltung und Risikominimierung für Bauherr und Bauunternehmer,
- Transparente Zusammensetzung der pauschalierten Vergütung,
- Prinzip der gläsernen Taschen,
- Gemeinsame Festlegung der Projektablaufstrukturen (Projekthandbuch) und gemeinsames Projektcontrolling,
- Lösungsorientierter Umgang mit Konflikten, insbesondere Vereinbarung außergerichtlicher Konfliktlösungsmodelle.

Kennzeichnend sind zwei Phasen.⁴¹ In einer vorgeschalteten Phase werden vom Auftraggeber Planungsleistungen an ein Planungsbüro vergeben. Der Planer erbringt die Planungsleistungen bis Leistungsphase 1 oder 2 HOAI. Anschließend wird die Planung in **Phase 1** mit einem im Wettbewerb ausgewählten und vertraglich gebundenen Bauunternehmen gegen Vergütung optimiert. Die Planungsverantwortung verbleibt jedoch bei dem vom Auftraggeber gebundenen Planer. Auf Grundlage der gemeinsam weiterentwickelten Planung unterbreitet das Bauunternehmen dann ein Angebot für die Bauausführung. Der Auftraggeber kann nunmehr entscheiden, ob das Bauunternehmen zu diesen Konditionen ohne neuerlichen Wettbewerb in **Phase 2** die Bauausführung erbringt oder ob die Partnerschaft wegen Verfehlung der Ziele beendet wird.

Das Bauteamverfahren konkretisiert den Weg dieses Zwei-Phasen-Modells und greift dabei zurück auf die Ansätze des „Bouwteam“-Konzept welches in den 1990er Jahren in den Niederlanden entwickelt wurde. Auch im Bauteamverfahren wird das bauausführende Unternehmen ab der Leistungsphase 2 oder 3 HOAI, spätestens ab der Leistungsphase 4 HOAI vertraglich in die Planung mit eingebunden. Auftraggeber, Planer und Bauunternehmen optimieren dann in Phase 1 gemeinsam das Projekt, bevor über die Beauftragung der Bauleistungen der Phase 2 abschließend ohne neuerlichen Wettbewerb entschieden wird. Innerhalb der Phase 1 ist das Bauteamverfahren in drei Stufen unterteilt:

- In Phase 1 / Stufe 1 erfolgt ein gemeinsames Commitment von Auftraggeber und Bauunternehmen für die zukünftige Zusammenarbeit, eine Chancen-Risiko-Abwägung und eine Grobkostenschätzung. Diese Phase mündet in einem verbindlichen Eckpunktepapier.
- In Phase 1 / Stufe 2 werden neben den Architekten die Fachplaner und Projektleiter eingebunden, um gemeinsam das Bau-Soll zu erarbeiten und eine Bewertung und Minimierung der Risiken vornehmen zu können.
- In Phase 1 / Stufe 3 werden alle Gutachten, die vollständige Genehmigungsplanung inklusive Fachplanung und das Bau-Soll gemeinsam erstellt. Am Ende dieser Phase wird der Bauantrag gestellt und über den Beginn der Bauleistungen entschieden.

Ziel des Bauteamverfahrens ist ein gemeinsames Verständnis vom Bau-Soll durch Auftraggeber und Bauunternehmen, bevor das Projekt auf Grundlage eines Festpreises in die Bauphase geht. Durch die frühzeitige Einbindung des Bauunternehmens in die Planung soll eine hohe Kosten- und Planungssicherheit sowie Termisicherheit vor Beginn der Bauphase erreicht werden.

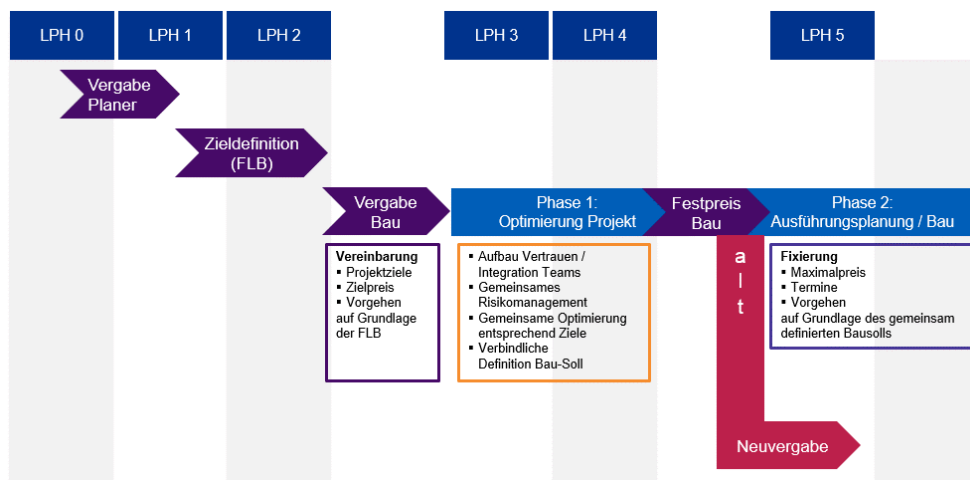
⁴⁰ HDB, Partnering bei Bauprojekten, 2005, S. 4; Zechbau nennt hingegen sechs Elemente: Frühzeitige Einbindung, Klares Bau-Soll, Kostentransparenz, Risikominimierung, Gemeinsames Projektcontrolling, Konfliktlösungsmodell, in: Zechbau Partnering, Gemeinsam zum Erfolg, S. 6f.

⁴¹ HDB, Bauen statt streiten. Partnerschaftsmodelle am Bau, 2018, S. 30; Zechbau Partnering, Gemeinsam zum Erfolg, S. 5.

Die Mitwirkung des Bauunternehmens an der Planung in Phase 1 wird regelmäßig über eine Pauschale vergütet. Diese Pauschale wird dabei nicht auf Grundlage der HOAI ermittelt, da die Planungsverantwortung beim vom Auftraggeber gesondert beauftragten Planer verbleibt. Für die Vergütung der Bauleistungen in Phase 2 werden in Deutschland verschiedene Modelle genutzt, insbesondere:

- **Einheitspreise.** Der Bieter nennt vor Auftragserteilung qm-Preise für bestimmte Gebäudenutzflächen. Die Vergütung erfolgt auf Grundlage der tatsächlichen Flächen je Gebäudenutzfläche.
- **Pauschalpreis.** Der Partner nennt vor der Beauftragung mit den Leistungen der Phase 1 auf Basis einer funktionalen Leistungsbeschreibung einen Pauschalpreis für die in Phase 2 zu erbringenden Bauleistungen. Dieser Pauschalpreis wird nur angepasst, wenn von den Vorgaben der funktionalen Leistungsbeschreibung durch die weitere Planung abgewichen wird.
- **Zuschlagssatz.** Der Partner nennt vor der Beauftragung mit den Leistungen der Phase 1 einen Zuschlagssatz auf die Kosten seiner Eigenleistung und die Kosten seiner Nachunternehmer. Die Vergütung erfolgt auf Grundlage der transparent im Wettbewerb ermittelten Nachunternehmerkosten (open-book), multipliziert mit dem Zuschlagssatz.
- **Garantierter Maximalpreis (GMP).** Der Partner nennt vor der Beauftragung einen Garantierten Maximalpreis. Soweit sich durch die Optimierung der Planung ohne Qualitätsverluste oder Leistungsreduktion Einsparungen ergeben, partizipiert der Partner hieran. Kostenüberschreitungen ohne Änderung der funktionalen Leistungsbeschreibung werden nicht vergütet.
- **Zielpreis.** Der Bieter nennt vor der Beauftragung einen Zielpreis für die Bauleistungen. In seinem Angebot für die Bauleistungen nennt der Bieter am Ende der Planungsphase einen Pauschalpreis. Soweit der Pauschalpreis unter dem Zielpreis liegt, partizipiert der Partner an den Einsparungen.

Durch die frühzeitige Einbindung des Bauunternehmens in die Planung kann eine hohe Kosten- und Planungssicherheit sowie Sicherheit in der Bauzeit erreicht werden. Die Partnering Ansätze werden in der wissenschaftlichen Literatur daher offen aufgenommen.⁴² Die Reformkommission Großprojekte⁴³, der VDI⁴⁴ und die Architektenkammer Baden-Württemberg⁴⁵ empfehlen die Nutzung. Die öffentliche Hand bleibt in der Nutzung dieser Modelle noch zurückhaltend. In der jüngeren Zeit haben jedoch einzelne Auftraggeber Wege gefunden, den Bau in die Planung einzubeziehen.⁴⁶



⁴² Eschenbruch/Racky, Partnering in der Bau- und Immobilienwirtschaft, 1. Auflage 2008.

⁴³ Endbericht der Reformkommission, S. 58f.

⁴⁴ VDI, Partnerschaft am Bau, 2010.

⁴⁵ Architektenkammer Baden-Württemberg, Bauteam – ein Leitfaden für Architekten und Handwerker, 2009.

⁴⁶ BVG (ABl. EU 2016/S 077-137881. Zwei-Phasen-Modell im Verhandlungsverfahren); HOWOGE (ABl. EU 2017/S 250-526411 – Zwei-Phasen-Modell als Innovationspartnerschaft); LBB (ABl. EU 2016/S 180-322199 Partnering Weilerbach), BLB (ABl. EU 2015/S 205-371615 SEP (Schlüsselfertige Errichtung mit integrierter Planung)).

2.2. Weitere Beispiele

Die Suche nach mehr Verlässlichkeit schafft eine starke Tendenz für die Etablierung neuer Kooperationsformen. Für ein besseres Verständnis der zahlreichen Strömungen soll hier ein kurzer Überblick gegeben werden.

Spang/Riemann haben 2012 im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Vertragselemente der partnerschaftlichen Projektabwicklung für öffentliche Projekte entworfen.⁴⁷ Das Gutachten hat sieben Module für Kooperationsmodelle entworfen, die den Gedanken der Partnerschaft ausprägen:

- Modul 1: Definition des Bau-Soll,
- Modul 2: Definition der Prozesse bei Abweichungen vom Bau-Soll,
- Modul 3: Riskoidentifikation, Risikoverteilung,
- Modul 4: Gemeinsame Aufnahme, Verarbeitung und Nutzung definierter Projektdaten,
- Modul 5: Klare Regelungen für Entscheidungen und Kompetenzen,
- Modul 6: Klare Regelungen für Vorsorge, Umgang und Lösung von Konflikten,
- Modul 7: Projektoptimierung durch materielle Anreizsysteme.

Die **Reformkommission Großprojekte** hat Bausteine für die partnerschaftliche Projektzusammenarbeit definiert, die die Elemente der Partnerschaft verbinden und eine frühzeitige Einbindung des Bau in die Planung (ECI) umfassen.⁴⁸

Themen	Bausteine / Elemente			
Projektkultur	Vereinbarung gemeinsamer Projektziele (Projektcharta)	Schaffung von Transparenz / Kommunikation	Gemeinsame Projektbüros	Gemeinsame Nutzung einer Datenplattform
Vergabe- und Vertragsmodelle	Vergabe an den wirtschaftlichsten, nicht den billigsten Bieter	Einbeziehung des Baus in die Planung	Nutzung von Verhandlungsverfahren	Zulassung von Nebenangeboten
Anreizmechanismen	Beschleunigungsprämie	Prämie für Kostenoptimierungen	Zielpreisvertrag	
Konfliktlösung	Mediation / Schlichtung	Adjudikation	Schiedsgutachten / Schiedsgericht	Interne Konfliktlösungen (Eskalationsschritte bzw. -szenarien)

Im **Leitfaden Großprojekte** werden einzelne Elemente der partnerschaftlichen Zusammenarbeit konkretisiert. Der Leitfaden enthält etwa eine Projekt-Charta Partnerschaftliche Projektzusammenarbeit, konkrete Vertragsformulierungen für Anreizvergütungen, zur Kommunikation sowie zur Risikoteilung.⁴⁹

⁴⁷ Spang/Riemann, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt Partnerschaftliche Projektabwicklung bei Infrastrukturprojekten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

⁴⁸ Endbericht der Reformkommission, S. 54ff., zum Vergaberecht S. 58.

⁴⁹ BMVI, Leitfaden Großprojekte, Modul VI Mustervertrag und Projekt-Charta Partnerschaftliche Projektzusammenarbeit, S. 102ff.

Das **BBSR** hat die Nutzung außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen⁵⁰ und die Incentivierung von Optimierungsvorschlägen des Bieters im Vergabeverfahren⁵¹ wissenschaftlich untersucht.

Die **Initiative Team Building**⁵² hat sich zum Ziel gesetzt, unter Beteiligung von Bauherren, Planern und Bauunternehmen ein Modell zu entwickeln, das Partnerschaft, ECI und Allianz durch eine frühzeitige Integration wesentlicher Projektbeteiligter vor Beginn der Planungsphase, die Einrichtung adäquater Organisations- und Kommunikationsstrukturen, die Ausrichtung der wirtschaftlichen Interessen der Projektbeteiligten auf die Projektziele und die Etablierung einer auf Kooperation ausgerichteten Projekt- und Vertragskultur verbindet.

Serielles Bauen. Der Spitzenverband der Wohnungswirtschaft GdW hat im Auftrag seiner Mitgliedsunternehmen im Mai 2018 nach erfolgreicher Ausschreibung mit neun Partnern Rahmenvereinbarungen über den Neubau von mehrgeschossigen Wohnbauten in serieller und modularer Bauweise abgeschlossen. Die Einbindung des Baus in die Planung erfolgte dadurch, dass Gegenstand der Ausschreibung die Planung und der Bau von Wohnkonzepten in serieller und modularer Bauweise war, die für verschiedene Nutzungserfordernisse und Standorte variabel ausgerichtet werden können („Baukastensystem“).⁵³ Der Vertrag enthält Elemente der Partnerschaft, etwa durch eine Kostenteilung für Leistungsoptimierungen.

3. Zusammenfassung

Viele Staaten und private Auftraggeber haben auf Vertrauenskrisen bei Bauvorhaben mit einer stärkeren Kooperation zwischen allen Projektbeteiligten reagiert. Partnerschaftliche Vertragsgestaltungen bilden dafür die Grundlage. Sie sind in Verträgen mit zwei Vertragspartnern rechtstechnisch gut umzusetzen, erfordern aber darüber hinaus vor allem eine kooperative Kultur im Miteinander. In Bauprojekten mit zahlreichen Beteiligten zeigen die Alliance Modelle, dass Kooperation auch durch eine gemeinsame Projektorganisation gelingen und allen Projektbeteiligten zugutekommen kann.

Ein wesentliches Element der Kooperation ist dabei die Zusammenarbeit in der Planungsphase und die frühzeitige Einbindung des Baus in die Planung. Sie ist in allen untersuchten international und in der Privatwirtschaft etablierten Kooperationsmodellen gekennzeichnet durch ein Zwei-Phasen-Modell, welches im Ergebnis eines einheitlichen Beschaffungsvorgangs als zweistufiger Vertrag ausgestaltet wird. Ein Bauunternehmen oder eine ARGE (Partner) wird in Phase 1 in die Planung eingebunden und übernimmt in Phase 2 die Bauausführung. Für die nachfolgende Untersuchung, ob dieses Modell auch von öffentlichen Auftraggebern genutzt werden kann, werden in Anlehnung an das Bauteamverfahren folgende Merkmale zu Grunde gelegt:

Planungsgrundlage. Der Auftraggeber beauftragt ab der Leistungsphase 1 HOAI ein Planungsbüro (der „Planer“), welches bis zum Abschluss der Genehmigungsplanung für die Planung verantwortlich zeichnet. Der Planer erarbeitet die planerische Voraussetzung für die haushälterische Veranschlagung des Projekts (die ES-Bau). In einer funktionalen Leistungsbeschreibung auf Basis der Leistungsphase 2 HOAI definiert der Planer die Ziele des Auftraggebers.

Auswahl des Partners. Das bauausführende Unternehmen (der Partner) wird in einem Vergabeverfahren ausgewählt, welches auf Grundlage der funktionalen Leistungsbeschreibung gestaltet wird. Grundlage der Angebotswertung im Vergabeverfahren sind Qualitätskriterien und ein Preis für die erwarteten Bauleistungen.

Phase 1 – Optimierung der Planung. Der Partner erarbeitet gemeinsam mit dem Planer die Entwurfsplanung. Die Planungsverantwortung liegt dabei beim Planer. Aufgabe des Partners ist es, sein Know-how hinsichtlich des gesamten Bauprozesses einzubringen zur Optimierung der Planung im Hinblick auf die in der funktionalen Leistungsbeschreibung genannten Ziele des Auftraggebers. Diese Ziele bil-

⁵⁰ BBSR, Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen, Zur Möglichkeit der Einführung der Adjudikation für Bundesbauprojekte als Streitbeilegungsmechanismus vor Gerichts- oder Schiedsverfahren, 2015.

⁵¹ BBSR, Belohnung von Optimierungsvorschlägen des Bieters im Vergabeverfahren, 2017.

⁵² www.initiative-teambuilding.de.

⁵³ Fact Sheet vom 29. Mai 2018 – Rahmenvereinbarung für serielles und modulares Bauen.

den Leitbild und Grenze der Optimierung. Die gemeinsame Planung endet mit dem Abschluss der Genehmigungsplanung oder mit Vorlage der Genehmigung. Der bis dahin erreichte Planungsstand bildet das konkretisierte Bau-Soll. Der Partner wird für die Mitwirkung an der Planungsleistung vergütet. Fördern lässt sich die Optimierung der Planung durch vertragliche Anreize, z.B. mittels erfolgsabhängiger Bonusregelungen für Planer und Partner.

„**Exit-Option**“. Auf Basis des mit seiner Mitwirkung entwickelten Bau-Solls bepreist der Partner seine Bauleistungen abschließend. Alternativ zu einem Festpreis ist die Vereinbarung eines Garantierten Maximalpreises möglich. Soweit der Auftraggeber die zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung verabredeten Ziele nicht verwirklicht sieht, kann er die Fortsetzung der Partnerschaft beenden.

Phase 2 – Bau. In Phase 2 erfolgt die Bauausführung durch den Partner auf Grundlage des in Phase 1 abschließend konkretisierten Bau-Solls und zu dem von ihm verbindlich angebotenen Festpreis.

C. Ausgestaltung des Zwei-Phasen-Modells

I. Herausforderung

Das Zwei-Phasen-Modell lässt sich durch den Abschluss eines zweistufigen Vertrags in einem Vergabeverfahren mit den haushaltsrechtlichen und vergaberechtlichen Grundsätzen vereinen. § 6 Abs. 1 HGrG fordert für die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Nach § 97 Abs. 1 GWB sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Gleichbehandlung, der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Daraus ergeben sich folgende Herausforderungen:

Wirtschaftlichkeit. Der Zuschlag muss auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Diesbezüglich birgt der frühe Planungsstand zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe vor Beginn der Phase 1 besondere Herausforderungen. Denn das Bau-Soll steht noch nicht abschließend fest, so dass sicherzustellen ist, dass der ausgewählte Partner auch nach der Konkretisierung der Planung die wirtschaftlichste Leistung des Bewerbermarktes erbringt. Dies erfordert, dass der Auftraggeber seine Prognose über die Kosten der Leistung und damit den monetären Teil der Wirtschaftlichkeit der Angebote auf eine belastbare Grundlage stellen kann. Dazu dienen Anreize für den Partner, die prognostizierten Kosten zu unterschreiten, jedenfalls aber nicht zu überschreiten. Eine Absicherung für den Fall, dass sich die Wirtschaftlichkeit aufgrund der Entwicklungen in der Phase 1 nicht mehr hinreichend sicherstellen lässt, bietet eine Exit-Möglichkeit für den Auftraggeber vor Eintritt in die Bauphase.

Wettbewerb. Die wettbewerbliche Vergabe der Planungs- und Bauleistungen erfordert, dass alle Bieter das gleiche Verständnis von der zu vergebenden Leistung haben. Im Zwei-Phasen-Modell stehen zum Zeitpunkt der Auswahl des Partners zwar die Ziele des Auftraggebers fest, aber noch nicht das konkrete Bau-Soll. Dieses wird in Konkretisierung der Ziele erst gemeinsam mit dem Partner in der Planungsphase erarbeitet. Daher ist entscheidend, dass die Grundlagen für die zu erbringende Leistung, mithin die Ziele für die Bauausführung eindeutig und abschließend beschrieben sind. Außerdem sollte zumindest ein Minimalinhalt an nicht verhandelbaren, feststehenden Planungsgrundlagen vorgegeben werden. Das Wettbewerbsergebnis darf nicht verfälscht werden durch eine wesentliche Änderung dieser Planungsgrundlagen nach Abschluss des Verfahrens.

Gleichbehandlung. Bei der Vergabe eines zweistufigen Vertrags in einem Vergabeverfahren müssen alle Bieter die gleichen Chancen haben, den Zuschlag zu erhalten. Daher sind die Eignungs- und Zuschlagskriterien sorgsam zu definieren. Sie müssen sich sowohl auf die Planungs- als auch auf die Bauleistungen beziehen. Informationsvorsprünge einzelner Bieter müssen vermieden werden.

Transparenz. Die hohen Anforderungen für öffentliche Auftraggeber an eine transparente Verfahrensgestaltung sichern den Wettbewerb und die Gleichbehandlung und sind Instrumente zur Korruptionsprävention. Sie machen erforderlich, dass die Auswahlkriterien präzise beschrieben und die Regeln sowie Grenzen für die Konkretisierung des Bau-Solls genau definiert sind.

Verhältnismäßigkeit. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schützt die Bieter vor unangemessenem Aufwand für die Angebotsphase. Hieraus ergeben sich insbesondere Schranken für die Abforderung planerischer Leistungen der Bauunternehmen in der Angebotsphase.

Mittelstand. Der Schutz des Mittelstands erfordert, dass die Ausschreibung so gestaltet wird, dass auch mittelständische Unternehmen die Chance haben, sich (ggf. durch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften) um die Leistung zu bewerben und sie alternativ keine Nachteile durch die Einbindung als Nachunternehmer haben.

II. Rechtliche Zulässigkeit der zentralen Elemente existierender Lösungen

Die Elemente des Zwei-Phasen-Modells / Bauteamverfahrens sind mit den einschlägigen haushaltsrechtlichen Grundsätzen vereinbar (unten 1) und vergaberechtlich zulässig (unten 2).

1. Haushaltsrechtliche Zulässigkeit

Das Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren ist mit den haushaltsrechtlichen Anforderungen aus § 24 und § 54 BHO vereinbar. Für den Abschluss eines Vertrags über Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell ist zunächst Voraussetzung, dass das Bauprojekt etatreif ist und Haushaltsmittel nach § 24 BHO veranschlagt sind (unten II.1.1). Aus dem Haushaltsrecht ergeben sich zudem Schranken für die Abweichung von den Haushaltsunterlagen (unten II.1.2). Die Beauftragung der Bauleistungen – und damit der Eintritt in die Phase 2 des Projekts – darf erst erfolgen, wenn die Baureife nach § 54 BHO gegeben ist (unten II.1.3).

1.1. Abschluss des zweistufigen Vertrages nach Erreichung der Etatreife, § 24 BHO

Nach Abschnitt E 3.1 der Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau)⁵⁴ wird die Planung großer Baumaßnahmen⁵⁵ erst veranlasst, nachdem die Entscheidungsgrundlage – Bau (ES-Bau) baufachlich genehmigt und haushaltsmäßig anerkannt ist. Dies konkretisiert die Regelung des § 24 Abs. 1 Satz 1 BHO, wonach Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen erst veranschlagt werden dürfen, wenn Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind und dadurch Etatreife besteht.⁵⁶ Diese Veranschlagung ist mithin Voraussetzung dafür, dass der Auftraggeber die Vergabe im Zwei-Phasen-Modell einleiten und den Zuschlag erteilen kann. Denn durch den Vertragsabschluss entstehen unmittelbar Kosten in Phase 1 des Projekts für die kooperative Entwurfsplanung des Bauvorhabens.

Die Etatreife kann aber unproblematisch vor Abschluss des zweistufigen Vertrags mit dem Partner hergestellt werden. Denn Voraussetzung der Etatreife ist, dass die erforderlichen Haushaltsunterlagen zur Beurteilung der Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit des Vorhabens beigebracht sind.⁵⁷ Die Konkretisierungen hierzu enthält die RBBau. Die für die Etatreife nach § 24 BHO erforderliche Haushaltsunterlage ist danach die ES-Bau.⁵⁸ Gemäß Abschnitt F 1 RBBau gehören zu den Unterlagen der ES-Bau unter anderem Unterlagen zur Bedarfsplanung, Variantenuntersuchung und eine Kostenermittlung, für die nach Abschnitt E 1.4.3 RBBau in der Regel eine Kostenschätzung nach DIN 276-1 anhand von Kostenkennwerten ausreichend ist.

Im Ergebnis setzt sich die ES-Bau aus den Leistungsphasen 1 HOAI (Grundlagenermittlung) und Teilen der Leistungsphase 2 HOAI (Vorplanung) zusammen. Der Auftraggeber kann die Etatreife deshalb herstellen, bevor er eine funktionale Leistungsbeschreibung auf Grundlage der Leistungsphase 2 zum Gegenstand der Ausschreibung des zweistufigen Vertrags für das Zwei-Phasen-Modell macht.

1.2. Bindung an die Kostenobergrenze in Phase 1

Das haushaltsmäßig anerkannte Kostenziel der ES-Bau ist nach Abschnitt E 2.3 RBBau als Kostenobergrenze in jeder Projektphase einzuhalten („kostenorientierte Planung“).

⁵⁴ Gemäß Ziff. 1.2 VV-BHO zu § 24 legt die RBBau die näheren Bestimmungen über Form und Inhalt der Bauunterlagen für Baumaßnahmen des Bundes fest. Vergleichbare Vorschriften finden sich in den Verwaltungsvorschriften zu den einzelnen Landeshaushaltsordnungen der Länder und den jeweiligen Richtlinien oder Anweisungen für die Durchführung der Bauaufgaben des jeweiligen Landes.

⁵⁵ Nach E 1.1 RBBau gehören dazu bauliche Maßnahmen mit Kosten über EUR 2 Mio. ohne die Baunebenkosten der KG 710–740.

⁵⁶ Heller in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 47. EL 2013, § 24 BHO, Rn. 1.

⁵⁷ von Lewinski/Burdat in: Nomos-BR/von Lewinski/Burdat, BHO, 1. Auflage 2013, § 24 Rn. 1.

⁵⁸ Heller in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 47. EL 2013, § 24 BHO, Rn. 3b.

Die RBBau leitet daraus Anforderungen für die Aufstellung der Entwurfsunterlage – Bau (EW-Bau)⁵⁹ ab, die auch im Zwei-Phasen-Modell nutzbar sind. Die EW-Bau wird ebenso wie die ES-Bau Bestandteil der Unterlagen nach § 24 BHO und konkretisiert damit die haushälterischen Grundlagen. Sie enthält die Ergebnisse der Vor- und Genehmigungsplanung und ggf. Teile der Ausführungsplanung sowie eine Kostenberechnung. Soweit während der Aufstellung der EW-Bau Änderungen und Ergänzungen zu einer Überschreitung der Kostenobergrenze führen, ist nach Abschnitt E 3.8 RBBau zur Festsetzung und haushaltsmäßigen Anerkennung einer neuen Kostenobergrenze ein Anerkenntnis des BMF herbeizuführen.

Für das Zwei-Phasen-Modell bedeutet dies, dass sich, sobald sich in Phase 1 erweist, dass die Kostenschätzung der ES-Bau nicht gehalten werden kann, das Verfahren nach Abschnitt E 3.8 RBBau empfiehlt. Auf diese Weise wird Etreife gesichert und verhindert, dass sich bei Nennung des Festpreises Abweichungen ergeben, die die Baureife nach § 54 Abs. 1 Satz 2 BHO gefährden (dazu sogleich).

1.3. Beginn der Baumaßnahme erst mit Eintritt in Phase 2, § 54 BHO

Der Beginn der Baumaßnahme und damit der Eintritt in die zweite Phase des Projekts darf erst erfolgen, wenn Baureife nach § 54 BHO gegeben ist. Nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BHO und wortgleich § 29 Abs. 1 Satz 2 HGrG dürfen große Baumaßnahmen erst begonnen werden, wenn ausführliche Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen vorliegen. Im Rahmen des Zwei-Phasen-Modells ist dies faktisch das gemeinsam definierte Bau-Soll auf Grundlage der Genehmigungsplanung sowie der vom Partner auf dieser Grundlage genannte Festpreis.

Nach § 54 BHO darf von den in § 24 BHO bezeichneten Unterlagen ohne Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen nur insoweit abgewichen werden, als die Änderung nicht erheblich ist. Eine Abweichung von den ggf. bereits im Rahmen der Entwurfsplanung entsprechend Abschnitt E 3.3, 3.8 RBBau angepassten Unterlagen im Sinne von § 24 BHO ist nach Ziff. 1.2 VV-BHO zu § 54 BHO erheblich, wenn sie zu einer Kostenüberschreitung um mehr als 15 vom Hundert führt. § 54 Abs. 1 BHO zieht die Folgerungen aus § 24 BHO für den Haushaltsvollzug und bestimmt die haushaltsrechtlichen Wirkungen, die sich aus der Planung für den Beginn der Durchführung von Baumaßnahmen ergeben,⁶⁰ da dies die nach § 24 Abs. 1 BHO der Kostenermittlung in Gestalt der ES-Bau zugrunde zu legende Planungsleistung für den weiteren Projektverlauf verbindlich ist.

Der Abschluss eines zweistufigen Vertrags im Zwei-Phasen-Modell ist mit § 54 BHO vereinbar. Zwar gilt als Baubeginn der Zeitpunkt, in dem der Vertrag für die Durchführung des Bauvorhabens abgeschlossen wird.⁶¹ Der Beginn der Baumaßnahme stellt somit nicht erst auf den Zeitpunkt des Beginns einer konkreten Bautätigkeit ab.⁶² Im Zwei-Phasen-Modell ist für den Beginn der Baumaßnahme jedoch nicht bereits auf den Abschluss des zweistufigen Vertrags mit Zuschlagserteilung abzustellen, sondern an den Zeitpunkt des Eintritts in die Phase 2. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der zweistufige Vertrag so ausgestaltet ist, dass der Auftraggeber die Möglichkeit und haushaltsrechtlich ggf. auch die Pflicht hat, bei Verfehlung der Zielvorgaben und damit bei Abweichungen von den Unterlagen der ES-Bau das Vertragsverhältnis nicht fortzusetzen, also den Eintritt in Phase 2 zu vermeiden.

2. Vergaberechtliche Zulässigkeit

Aus den vergaberechtlichen Grundsätzen des § 97 GWB folgen konkrete vergaberechtliche Anforderungen für die Umsetzung des Zwei-Phasen-Modells / Bauteamverfahrens mit Abschluss eines zweistufigen Vertrags in einem Vergabeverfahren.

Im Rahmen des Wettbewerbs soll der Markt vor vergeblichen Aufwendungen geschützt werden. Gemeinsam mit den Anforderungen an eine wirtschaftliche Mittelverwendung findet dies seinen vergaberechtlichen Niederschlag im Grundsatz der Vergabereife: Nach § 2 EU Abs. 8 VOB/A darf ein Auftraggeber die Leistungen erst ausschreiben und vergeben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind

⁵⁹ Die EW-Bau ist nach E 1.7 RBBau nur im Fall einer Eigenbaumaßnahme aufzustellen.

⁶⁰ Heller in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 47. EL 2013, § 54 BHO, Rn. 1.

⁶¹ Mähring in: Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht 42, 2006, § 54 Ziffer B I. 3.

⁶² Ahrendt, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 139 (1/2014), S. 45, S. 47.

und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (unten 2.1). Um den Bietern ein klares Bild von den Leistungen zu vermitteln und ihnen eine belastbare Kalkulation ihrer Angebote zu ermöglichen, muss die Vergabe gemäß § 7 EU Abs. 1 VOB/A auf der Grundlage einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung erfolgen (unten 2.2). Die Wirtschaftlichkeit und Transparenz der Vergabeentscheidung erfordert zudem, dass die Angebote der Bieter im Vergabeverfahren hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit gewertet werden können, was insbesondere Anforderungen an eine belastbare Preiswertung zu einem frühen Planungsstadium stellt (unten 2.3). Da das Bau-Soll zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens noch nicht abschließend definiert ist und sich der Auftragsgegenstand daher nach Zuschlagserteilung in der Phase 1 noch ändert bzw. konkretisiert, sind entsprechend der Anforderungen an Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung die Vorgaben der § 132 GWB und § 22 EU VOB/A für die Änderung von Aufträgen nach Zuschlag ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zu beachten (unten 2.4). Besondere Anforderungen ergeben sich schließlich aus den vergaberechtlichen Vorgaben zur Öffnung des Wettbewerbs für den Mittelstand nach § 97 Abs. 4 GWB (unten 2.5).

2.1. Vergabereife, § 2 EU Abs. 8 VOB/A

Die nach § 2 EU Abs. 8 VOB/A erforderliche Vergabereife⁶³ kann zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens für das Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren erreicht werden. Die Norm bestimmt, dass Bauleistungen erst ausgeschrieben werden dürfen, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind (dazu unten 2.2) und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Insbesondere ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Markterkundung unzulässig, § 2 EU Abs. 7 VOB/A.

Die Vergabereife fehlt nicht dadurch, dass zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens die Planung noch nicht abgeschlossen ist. Denn aus der Vergabereife ergeben sich keine unmittelbaren Anforderungen an den Planungsstand zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens. Die Vorschrift schützt den Bietermarkt vor vergeblichen Aufwendungen und die Haushaltsklarheit.⁶⁴ Dem Schutz des Bietermarktes vor vergeblichen Aufwendungen ist genüge getan, wenn die jeweils zu vergebenden Leistungen gemäß § 7 EU Abs. 1 Nr.1 VOB/A eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können (dazu unten 2.2) und alle Voraussetzungen vorliegen, damit mit der Leistungsausführung begonnen werden kann. Der Auftraggeber kann sicherstellen, dass innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an den Beginn der Leistungsausführung hergestellt sind.⁶⁵

In *rechtlicher Hinsicht* kann und muss der Auftraggeber vor der Vergabe des zweistufigen Vertrags die Finanzierung sicherstellen durch die Herstellung der Etatreife (dazu oben 1.1). Weitere grundsätzliche rechtliche Hindernisse für die Vergabereife bestehen nicht. Für die Erbringung der Planungsleistungen ergeben sich weder privatrechtlich noch öffentlich-rechtlich besondere Voraussetzungen.⁶⁶ Dem Schutz der Bieter vor vergeblichen Aufwendungen ist dadurch genüge getan, dass für die Leistungen der Phase 1 eine angemessene Vergütung gewährt wird, unabhängig davon, ob die Leistungen der Phase 2 beauftragt werden. Die Voraussetzungen für den Beginn der Leistungsausführung liegen daher schon dadurch vor, dass der Auftraggeber die erforderlichen Haushaltsmittel für diese Leistungen veranschlagt (dazu oben 1.1) und die eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung erarbeitet ist (dazu unten 2.2). Soweit erforderliche Genehmigungen für die Bauleistungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens noch nicht vorliegen, folgt daraus keine Unsicherheit für den Beginn der Leistungsausführung. Da der Auftragnehmer durch seine Einbindung in der Planungsphase zudem Kenntnis über den Stand erforderlicher Genehmigungen hat, besteht für ihn eine hinreichende Transparenz im Hinblick

⁶³ Mutschler-Siebert/Queisner, NZBau 2014, 535.

⁶⁴ Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 2 VOB/A-EU, Rn. 13.

⁶⁵ Vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 27.11.2013 - Az. VII-Verg 20/13; Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 2 VOB/A-EU, Rn. 18 m.w.N.

⁶⁶ Zur Schaffung der rechtlichen Voraussetzungen müssen grundsätzlich alle privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen sein, dass mit den ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der angegebenen Fristen begonnen werden kann. Das ist aber nicht ausnahmslos; Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 2 EU VOB/A, Rn. 19ff.

auf die Bauphase. Für dieses weite Verständnis von der Vergabereife spricht auch die Einführung der Innovationspartnerschaft durch § 119 Abs. 7 GWB, §§ 3 EU, 3b EU Abs. 5 VOB/A. Denn würde die Herstellung der Vergabereife zwingend an das Vorliegen der erforderlichen Genehmigungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens anknüpfen, könnte die Innovationspartnerschaft regelmäßig aufgrund fehlender Vergabereife nicht angewendet werden. Die in der ersten Phase zu erbringende innovative Entwicklungsleistung setzt nämlich erst die Voraussetzungen für ggf. erforderliche Genehmigungen.

In *tatsächlicher Hinsicht* sind die Anforderungen an den Beginn der Leistungsausführung hergestellt durch den manifestierten Beschaffungswillen des Auftraggebers und die Bereitstellung der für das Projekt erforderlichen Haushaltsmittel.⁶⁷ Der manifestierte Beschaffungswille schützt die Bieter vor einer Ausschreibung, die ausschließlich zum Zwecke der Optimierung der Planung oder zur Markterkundung erfolgt und somit nicht in eine tatsächliche Realisierung mündet.⁶⁸

2.2. Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, § 7 EU Abs. 1 VOB/A, § 7b EU VOB/A

Der Umsetzung des Zwei-Phasen-Modells / Bauteamverfahrens steht weder das Erfordernis einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung noch der daraus folgende Vorrang der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis entgegen.

Nach § 7 EU Abs. 1 VOB/A muss die Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend sein, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Hinsichtlich der Planungsleistungen ist hierfür ausreichend, dass die gestellte Aufgabe beschreibbar ist, nicht aber die konkrete Lösung der Aufgabe mit allen dazu führenden Lösungsschritten (unten 2.2.1). Die Bauleistungen können auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung vergeben werden, wenn die Voraussetzungen des § 7c EU VOB/A vorliegen oder auf der Grundlage einer alternativen, an der Zielrichtung des § 7 EU Abs. 1 VOB/A orientierten Leistungsbeschreibung (unten 2.2.2).

Im Einzelnen:

2.2.1. Planungsleistungen

Die Leistungen der Planungsphase gemäß § 7 EU Abs. 1 VOB/A können eindeutig und erschöpfend beschrieben werden.

Eindeutig im Sinne von § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist eine Leistungsbeschreibung, wenn keine unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, die den Bieter im Unklaren lassen, welche Leistung von ihm in welcher Form und unter welchen Bedingungen angeboten werden soll. Die zu erbringende Leistung soll so konkret dargestellt sein, dass alle Bewerber/Bieter die Leistungsbeschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.⁶⁹ Die in der Phase 1 zu erbringenden Planungsleistungen werden typischerweise anhand einer funktionalen Leistungs- oder Aufgabenbeschreibung ausgeschrieben.⁷⁰ Denn es handelt sich bei der Planung um eine schöpferische Leistung, deren Ziel eine nähere Beschreibbarkeit der anschließenden Bauleistung ist. Das bedeutet, dass die gestellte Aufgabe beschreibbar ist, nicht aber die konkrete Lösung der Aufgabe mit allen dazu führenden Lösungsschritten.⁷¹ Die an den Partner in Phase 1 gestellte Aufgabe kann durch eine Beschreibung anhand der bzw. in Anlehnung an die Leistungsbilder der HOAI, ergänzt um Vorgaben zum konkreten Projekt, beschrieben werden.⁷² Die Angaben zum konkreten Projekt kön-

⁶⁷ Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 2 EU VOB/A, Rn. 23ff.

⁶⁸ Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 2 EU VOB/A, Rn. 13.

⁶⁹ Hertwig/Slawinski in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, VOB/A, 2. Auflage 2013, § 7 Rn. 32.

⁷⁰ Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 31 VgV, Rn. 1, 2.

⁷¹ Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 31 VgV Rn. 15.

⁷² Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, 4. Auflage 2018, § 31 Rn. 10.

nen der zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorliegenden Vorplanung zur haushaltsrechtlichen Kostenermittlung (dazu oben 1.1) entnommen werden. Damit kann der Auftraggeber die zu erbringenden Planungsleistungen der Phase 1 derart beschreiben, dass die an dem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen unter Zugrundelegung der bei ihnen vorhandenen Fachkenntnis die Aufgaben objektiv im gleichen Sinne verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Erschöpfend ist eine Leistungsbeschreibung, wenn sie keine Fragen offen lässt.⁷³ Der erschöpfende Charakter der Leistungsbeschreibung kann sich auch bereits aus der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung ergeben.⁷⁴ Da sich bei zu erbringenden Planungsleistungen die Leistung im Vorfeld typischerweise nicht vollständig beschreiben lässt, ist vergaberechtlich anerkannt, dass die Anforderungen an das Merkmal „erschöpfend“ geringer anzusetzen sind.⁷⁵ Es ist demnach lediglich erforderlich, dass die Leistungsbeschreibung alle objektiv zur Konkretisierung der Leistung zur Verfügung stehenden Elemente vollständig umfasst. Dies kann dadurch sichergestellt werden, dass die Ausschreibung der Leistungen der Phase 1 auf der Grundlage sämtlicher Rahmenbedingungen des Projekts und Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen erfolgt.

2.2.2. Bauleistungen

Auch die Ausschreibung der Leistungen der Phase 2 kann auf der Grundlage einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 7 EU Abs. 1 VOB/A erfolgen.

Nach § 7b EU Abs. 1 VOB/A ist die Bauleistung in der Regel anhand einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis auszuschreiben. Dies erfordert eine Ausführungsplanung und die Erstellung von Leistungsverzeichnissen. Da das Vergabeverfahren im Zwei-Phasen-Modell regelmäßig auf der Grundlage der Vorplanung (Leistungsphase 2 HOAI) eingeleitet wird, kann ein Leistungsverzeichnis zu diesem Zeitpunkt nicht erstellt werden.

Eine den Anforderungen des § 7 EU Abs. 1 VOB/A entsprechende Leistungsbeschreibung kann je nach Konstellation im Zwei-Phasen-Modell jedoch entweder nach den Anforderungen an eine funktionale Leistungsbeschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm) oder nach einem alternativen, an der Zielrichtung des § 7 EU Abs. 1 VOB/A orientierten, Maßstab sichergestellt werden.

Im Einzelnen:

Funktionale Leistungsbeschreibung: Nach § 7c EU Abs. 1 VOB/A können Bauleistungen anhand eines Leistungsprogramms ausgeschrieben werden (funktionale Ausschreibung), wenn es nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist. An die eindeutige und erschöpfende Beschreibung werden für die funktionale Leistungsbeschreibung geringere Anforderungen gestellt als an die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis.⁷⁶ Gemäß § 7c EU Abs. 2 Nr.1 VOB/A ist Voraussetzung für die funktionale Ausschreibung, dass das Leistungsprogramm „eine Beschreibung der Bauaufgabe [umfasst], aus der die Bewerber alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können“. Eine diesen Anforderungen genügende Leistungsbeschreibung kann erstellt werden, wenn der Auftragnehmer die Planungsleistungen vollständig selbst erbringt. Das ist im Zwei-Phasen-Modell nicht der Fall. Voraussetzung ist in diesem Fall jedoch, dass die eigene Planung des Auftraggebers vor der Ausschreibung jedenfalls soweit feststeht, als das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen, die Leistungserbringung und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in einer Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht mehr zu rechnen ist.⁷⁷ Eine entsprechende Praxis besteht bereits bei Totalunternehmervergaben. Da im Zwei-Phasen-Modell der Partner auf der Grundlage der

⁷³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.2011 - VII-Verg 46/11; Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 7 VOB/A, Rn. 13.

⁷⁴ Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 7 VOB/A, Rn. 13 m.w.N.

⁷⁵ VK Bund, Beschluss vom 7.4.2004 - VK 1-15/04.

⁷⁶ VK Bund, Beschluss vom 7.4.2004, VK1-15/04; Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 7 VOB/A, Rn. 8; Mutschler-Siebert/Queisner, NZBau 2014, 535, 536; Schellenberg in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 7 EG VOB/A, Rn. 32.

⁷⁷ OLG Naumburg, Beschluss vom 16. 9. 2002 -1 Verg 2/02 m.w.N.

Leistungsphase 2 HOAI beauftragt wird, ist die Planung hier zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens sogar weiter fortgeschritten. Eine den genannten Anforderungen entsprechende Leistungsbeschreibung kann damit erst recht erstellt werden.

Hat die Planung diesen Stand im konkreten Fall noch nicht erreicht, ist die Aufstellung einer funktionalen Leistungsbeschreibung nach § 7c EU VOB/A nicht möglich.⁷⁸

Alternative Leistungsbeschreibung: Auch wenn die Voraussetzungen für die Erstellung einer funktionalen Leistungsbeschreibung nicht vorliegen, kann die Ausschreibung der Bauleistungen mit einer den Anforderungen an die Vergabereife genügenden eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung auf der Grundlage der Leistungsphase 2 HOAI erfolgen. Denn die in der VOB/A einzeln aufgeführten Vertragsformen und Ausschreibungsmethoden sind nicht abschließend.⁷⁹ Aus der Zulässigkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung ergibt sich vielmehr, dass auch andere Formen der Leistungsbeschreibung vergaberechtlich zulässig sind, wenn dies Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten entspricht.⁸⁰ Dafür spricht zudem die in § 16d EU Abs. 2 Nr. 4 VOB/A nunmehr ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, Festpreise oder Festkosten vorzugeben und den Wettbewerb nur über die Qualität stattfinden zu lassen. Denn die Wertung der Angebote nur unter Qualitätsgesichtspunkten, setzt Gestaltungsfreiheiten der Bieter für die optimale Lösung und damit Spielräume in der Leistungsbeschreibung voraus. Schließlich zeigt die Einführung der Innovationspartnerschaft in § 119 Abs. 7 GWB und § 19 VgV, dass das Vergaberecht Formen der Leistungsbeschreibung akzeptiert, bei denen sowohl bei der Auswahl der Bieter als auch bei der Zuschlagserteilung eine konkrete Leistungsbeschreibung noch fehlt.⁸¹ Die Innovationspartnerschaft geht nämlich (ebenfalls) von einer zweistufigen Vertragsgestaltung aus, bei der im Vergabeverfahren der Zuschlag erteilt wird, bevor die Leistung abschließend definiert ist. In der ersten Vertragsstufe, der Entwicklungsphase, entwickelt der im Vergabeverfahren ausgewählte Innovationspartner das vom Auftraggeber benötigte Produkt bzw. die benötigte Dienst- oder Bauleistung. Auf Grundlage dieser Planung kann der Innovationspartner anschließend in der zweiten Vertragsstufe, der Leistungsphase, ohne neuerlichen Wettbewerb mit der Ausführung dieser Leistungen beauftragt werden, also mit der Erbringung von Dienstleistungen, Bauleistungen und/oder der Erstellung und Lieferung von Produkten.⁸² Die Einführung der Innovationspartnerschaft verdeutlicht also die Akzeptanz des Vergaberechts für das Zwei-Phasen-Modell, bei dem die (Bau-) Ausführungsleistungen auf der Grundlage einer alternativen, die Leistung nicht abschließend definierenden Leistungsbeschreibung vergeben werden. Auch beim wettbewerblichen Dialog kann die Leistungsbeschreibung weniger detailliert und präskriptiv sein und weniger konkrete Vorgaben enthalten, da die Beschreibung des Leistungsgegenstands erst in der Dialogphase durch die Bewerber und den Auftraggeber gemeinsam erfolgt. Anders als bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung muss die Beschreibung beim wettbewerblichen Dialog kein Leistungsprogramm mit Beschreibung der Bauaufgabe enthalten.⁸³

Maßstab bleibt gemäß § 7 EU Abs. 1 VOB/A in jedem Fall, dass eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung erstellt wird. Auch der EuGH stellt hohe Anforderungen an eine präzise Bestimmung des Auftragsgegenstandes.⁸⁴ In den internationalen Modellen wird dem dadurch Rechnung getragen, dass der Auftraggeber seine Ziele vor dem Wettbewerb klar definiert, vgl. etwa in dem „Value for Money Statement“ des Auftraggebers im australischen Alliance-Modell (dazu oben B.II.1.2). Gemäß der Zielrichtung des Maßstabs aus § 7 EU Abs. 1 VOB/A ist daher erforderlich, dass die Bieter auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung vergleichbare Angebote erstellen und diese Angebote auch auf einer dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz entsprechenden Basis kalkuliert werden können.⁸⁵ An diesem Maßstab gemessen, ist bei der Ausschreibung der Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell die Erstellung einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung zu einem frühen Planungsstand auf der Grundlage der Leistungsphase 2 HOAI möglich. Denn auf der Grundlage des

⁷⁸ Franke/Kaiser in: Franke/Kemper/Zanne/Grünhagen (Hrsgb.), VOB Kommentar, §7c VOB/A, Rn. 4 ff.

⁷⁹ Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 7c VOB/A, Rn. 18 m.w.N.

⁸⁰ Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 7c VOB/A, Rn. 18 m.w.N.

⁸¹ Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406, 408.

⁸² Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406, 407.

⁸³ Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 3b VOB/A, Rn. 36.

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 14.10.2004, Rs. C-340/02 („La Chauvinière“), Rn. 34ff.; EuGH, Urteil vom 10.12.2009, Rs. C-299/08 („marché de définition“), Rn. 41 ff.

⁸⁵ Kapellmann in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 7 VOB/A, Rn. 13.

damit vorliegenden Planungsstands können die Haushaltsmittel veranschlagt werden, da Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind. Die erforderlichen Haushaltsunterlagen zur Beurteilung der Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit des Vorhabens liegen vor (dazu oben 1.1). Auf dieser den Grundsätzen der Haushaltswahrheit und –klarheit genügenden Grundlage können die Bieter im Vergabeverfahren auch vergleichbare Angebote für die Bauleistungen erstellen. Damit ist zugleich sichergestellt, dass die anhand einer ordnungsgemäß erstellten Vorplanung kalkulierten Angebote der Bieter auch auf einer dem haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz entsprechenden Basis kalkuliert werden können.

2.3. Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots, § 127 GWB

Bei der Umsetzung von Bauprojekten im Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren ist eine vergaberechtskonforme Angebotswertung und Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot nach § 127 GWB möglich.

Gemäß § 127 GWB ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Nach dieser Vorschrift bestimmt sich das wirtschaftlichste Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden. Die Kriterien für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots müssen auf der Grundlage der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes sowohl für die Planungsleistungen der Phase 1 als auch für die Bauleistungen der Phase 2 bestimmt werden.⁸⁶ Die Wertung des Angebotspreises im Rahmen des Vergabeverfahrens ist auf der Grundlage von Kostenzielen als belastbare Prognoseentscheidung möglich. Neben dem Preis ist aufgrund der Mitwirkung des Bauunternehmens in der Planungsphase auch eine Bewertung der Qualität wirtschaftlich geboten und nach den Maßstäben der Rechtsprechung auch erforderlich.

Im Einzelnen:

Preiswertung: Aufgrund des frühen Planungsstands bei Durchführung des Vergabeverfahrens kann im Rahmen des Angebotspreises durch die Bieter ggf. noch keine definitive Angabe gemacht werden, da sich das definitive Bau-Soll erst in der Planungsphase konkretisiert. Dennoch kann die Preiswertung vergaberechtlich zulässig im Rahmen einer Prognoseentscheidung erfolgen. Die genauen Modalitäten der angebotenen Preise und ihrer Wertung hängen maßgeblich von der Regelung der Vergütung der Bauleistungen der Phase 2 ab. Hierfür hat sich in Deutschland noch keine einheitliche Vergütung etabliert. In Betracht kommen aber insbesondere Einheitspreise, ein Pauschalpreis, ein angebotener Zuschlagssatz mit Vergütung auf der Grundlage der ermittelten Kosten, ein Garantierter Maximalpreis und das Zielpreismodell. Diesen Vergütungsmodellen ist gemein, dass der Zuschlag hinsichtlich der Bauleistungen auf ein Angebot erteilt wird, das aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Planungsleistungen noch keine endgültigen Aussagen über den tatsächlichen Preis der Bauleistungen enthält. Erst nach Abschluss der Planungen und vor Eintritt in die Bauphase können die Kosten konkretisiert betrachtet werden. Auch wenn die Preise damit nach der Gesamthöhe noch nicht abschließend sind, kann der Preis jedoch im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu den künftigen Kosten bewertet werden. Denn zum einen ist eine solche Prognoseentscheidung über den Preis rechtlich zulässig und entspricht bereits der Praxis. Zum anderen kann die Belastbarkeit dieser Prognoseentscheidung dadurch sichergestellt werden, dass starke Anreize für das Bauunternehmen zur tatsächlichen Einhaltung der Kostenziele gesetzt werden.

Die Wertung der angebotenen Kostenziele im Rahmen einer Prognoseentscheidung des Auftraggebers ist vergaberechtlich zulässig. Denn Angebotswertungen basieren grundsätzlich auf einer Prognoseentscheidung.⁸⁷ Dies gilt insbesondere auch für Preiswertungen. Denn diese basieren vergaberechtlich anerkannt vielfach auf prognostizierten Mengengerüsten, wie bei der Preiswertung für Rahmenverträge

⁸⁶ EuGH, Urteil vom 14.10.2004 - Rs. C-340/02 („La Chauvinière“), Rn. 34ff. ; EuGH, Urteil vom 10.12.2009 - Rs. C-299/08 („marché de définition“), Rn. 41ff.

⁸⁷ Vgl. zu Prognoseentscheidungen im Rahmen der Angebotswertung VK Bund, Beschluss vom 29. März 2012 - VK 2-175/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. 1. 2005 - VII Verg 58/04.

oder der Abfrage von Einheitspreisen in Bauprojekten. In beiden Fällen erfolgt die Wertung des Angebotspreises auf Basis eines Mengengerüsts. Das Mengengerüst basiert auf einer Prognose des Auftraggebers über die für die jeweiligen Positionen abgenommenen Mengen. Welches Angebot das preisgünstigste ist, beurteilt der Auftraggeber auf Basis dieser Mengenprognose. Die tatsächliche Entwicklung der Mengen nach Zuschlagserteilung kann jedoch von dieser Prognose abweichen. Dadurch kann eine Situation entstehen, in der im Ergebnis ein anderer Bieter preisgünstiger gewesen wäre, etwa weil er Positionen besonders günstig angeboten hat, bei denen die tatsächlichen Mengen über die Prognose hinausgehen.

Doch auch bei angebotenen Pauschalpreisen in Bauprojekten ist die Preiswertung angesichts der Kostensteigerungen durch Nachträge in der Realität⁸⁸ nur eine Prognoseentscheidung über die Höhe der tatsächlichen Kosten.⁸⁹ Ein weiterer Fall einer Prognoseentscheidung im Rahmen der Preiswertung sind angebotene optionale Leistungen, wenn im Zeitpunkt der Angebotswertung nicht abschließend voraussehbar ist, ob der Bedarf für die Leistungen tatsächlich besteht und die Notwendigkeit einer Beschaffung auch bei sorgsamer Ausschöpfung der dem Auftraggeber bis dahin zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nicht ausgeschlossen werden kann.⁹⁰ Auch in diesem Fall erfolgt die Angebotswertung auf Basis einer Prognose, nämlich dass die Option tatsächlich in Anspruch genommen wird. In der Rechtsprechung wurde angenommen, der Anteil der optionalen Leistungen am Gesamtauftragswert dürfe 10 Prozent⁹¹ bzw. 15 Prozent⁹² nicht übersteigen. Daraus kann gefolgert werden, dass die Prognose einen verlässlichen Rahmen bilden muss, die vom Auftraggeber in der funktionalen Leistungsbeschreibung definierten Ziele also bereits präzise sein müssen.

Schließlich zeigt auch diesbezüglich die Einführung der Innovationspartnerschaft, dass das Vergaberecht eine Preiswertung auf der Grundlage einer Prognoseentscheidung anerkennt. Denn bei der Innovationspartnerschaft ist die zu beschaffende Leistung vom Innovationspartner nach Zuschlagserteilung in der ersten Vertragsstufe, der Entwicklungsphase, erst zu planen. Dementsprechend können im Vergabeverfahren für die zweite Vertragsstufe, die Ausführungsphase, zu diesem Zeitpunkt lediglich Kostenziele und noch keine abschließenden Preise angeboten und gewertet werden.

Soweit der Auftraggeber sich im Zwei-Phasen-Modell in der Vergabephase noch keinen festen Baupreis, sondern lediglich Kostenziele anbieten lässt, ist Voraussetzung für die Wertungsfähigkeit, dass der Auftraggeber auf dieser Grundlage eine belastbare Prognose über die Wirtschaftlichkeit des Angebotes treffen kann. Hierzu muss der Auftraggeber berechtigt erwarten können, dass die abgerechneten Preise für die Bauleistungen sich an den angebotenen Kostenzielen orientieren. Dies kann erreicht werden, indem starke Anreize für das Bauunternehmen zur tatsächlichen Einhaltung der angebotenen Kostenziele gesetzt werden. Die klassischste Möglichkeit ist die Vereinbarung eines Pauschalpreises auf Grundlage der in der funktionalen Leistungsbeschreibung erkannten Leistungen. Änderungen an dem Pauschalpreis sind dann nur nach den Maßstäben für Änderungen zulässig (§ 2 Abs. 7 VOB/B). Ein alternativer Vergütungsmechanismus, der den Auftragnehmer zur Einhaltung der Kostenziele anhalten kann, ist die Zielpreisvereinbarung. Dabei kalkulieren die Bieter im Vergabeverfahren einen Zielpreis, der der Angebotswertung zugrunde gelegt und mit Zuschlagserteilung vertraglich vereinbart wird. Die Vergütung erfolgt nach den tatsächlichen Kosten, wobei Über- und Unterschreitungen des Zielpreises zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geteilt werden („pain-share/gain-share“) oder der Auftragnehmer Überschreitungen des Zielpreises vollständig trägt („GMP“). Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass bei Vertragsschluss ein Zielpreis für die Bauleistungen vereinbart wird, der am Ende der Planungsphase zu einem Pauschalpreis oder GMP konkretisiert wird. Überschreitet dieser konkretisierte Preis den im Vergabeverfahren angebotenen Zielpreis, entfällt der Anspruch des Partners auf Beauftragung mit der Bauphase. Im Hinblick auf die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Optionen einerseits sowie die de-minimis-Schwellen für zulässige Vertragsänderungen nach Zuschlagserteilung andererseits (dazu unten 2.4.1) ist auch an eine Grenze für eine verpflichtende Beendigung der Part-

⁸⁸ Für abgeschlossene Großprojekte in Deutschland beträgt die durchschnittliche Kostensteigerung pro Projekt 73 Prozent; vgl. Hertie School of Governance, Studie „Infrastruktur-Großprojekte in Deutschland: Zwischen Ambition und Wirklichkeit“.

⁸⁹ Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406, 410.

⁹⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Februar 2010 - VII Verg 36/09.

⁹¹ VK Bund, Beschluss vom 14.07.2005 - VK 1-50/05.

⁹² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.09.2016 - Verg 7/16.

nerschaft bei Kostenüberschreitungen von mehr als 15 Prozent zu denken. Alle diese Varianten schaffen starke Anreize für den Auftragnehmer, den im Vergabeverfahren angebotenen und vereinbarten Zielpreis nicht zu über-, sondern nach Möglichkeit zu unterschreiten. Dadurch bekommt der im Vergabeverfahren zu wertende Zielpreis ein hinreichendes Gewicht, so dass es sich bei der Preiswertung um eine belastbare Prognoseentscheidung handelt.

Qualitätswertung: Bei der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell ist neben dem Preis die Qualität der von den Bietern angebotenen Leistungen zu berücksichtigen. Die Zuschlagskriterien müssen neben den Bauleistungen der Phase 2 auch die Planungsleistungen der Phase 1 umfassen. Da die Bauleistungen der Phase 2 erst in der Phase 1 abschließend definiert werden, ist eine Zuschlagserteilung nur auf den günstigsten Preis nicht sachgerecht. In Ermangelung eines detaillierten Leistungsverzeichnisses müssen die Bieter in ihren Angeboten Aussagen zur konkreten Form der Leistungserbringung treffen. Dementsprechend ist die Berücksichtigung qualitativer Zuschlagskriterien nach den Maßstäben der Rechtsprechung nicht nur sinnvoll sondern erforderlich. Denn im Rahmen funktionaler oder teilfunktionaler Ausschreibung von Bauleistungen ist der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium wegen des qualitativen Elements von Planungsleistungen ungeeignet, weil eine allein am Preis ausgerichtete Wertung der Angebote qualitative Elemente von Planungsleistungen nicht berücksichtigt.⁹³ Dementsprechend ist auch bei der Innovationspartnerschaft zwingend die Qualität der Angebote zu werten und eine Zuschlagsentscheidung allein auf der Grundlage des niedrigsten Preises oder der niedrigsten Kosten ausgeschlossen, § 3b EU Abs. 5 Nr. 6 VOB/A. Dies entspricht wie beim Zwei-Phasen-Modell auch der Zweckmäßigkeit. Denn da die in der Phase 2 zu erbringenden Leistungen erst zu planen sind, wäre es wenig sachgerecht, im Blick auf diese Planungsleistungen, den Zuschlag allein auf das günstigste Angebot zu erteilen.⁹⁴ Mögliche qualitative Zuschlagskriterien sind der technische Wert, die Betriebs- und Folgekosten oder die Qualität der Auftragsdurchführung (siehe auch unten III.1.3)⁹⁵. Für Partnerschaftsmodelle hat der Arbeitskreis „Partnerschaftsmodelle in der Bauwirtschaft“ im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie einen „Leitfaden für die Durchführung eines Kompetenzwettbewerbs bei Partnerschaftsmodellen“ entwickelt. Danach zieht der Auftraggeber mehrere Entscheidungskriterien zur Auswahl seines Vertragspartners heran, wobei – neben die Eignung betreffende bewerberbezogene Kriterien – auch auftragsbezogene Kriterien herangezogen werden.⁹⁶

2.4. Wesentliche Auftragsänderungen, § 132 GWB, § 22 EU VOB/A

Die Umsetzung von Bauprojekten im Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren ist nach den § 132 GWB, § 22 EU VOB/A zulässig, ohne dass Änderungen des Bau-Solls in Phase 1 die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens erfordern.

In der Planungsphase (Phase 1) kann es im Rahmen von Optimierungsvorschlägen des Bauunternehmens regelmäßig zu Planungsänderungen nach Zuschlagserteilung kommen. Änderungen von ausschreibungspflichtigen Aufträgen während ihrer Vertragslaufzeit, z.B. durch Erweiterungen des Umfangs von Leistungen oder inhaltliche Veränderungen des Beschaffungsgegenstandes oder der Vergütungsregelungen sind wettbewerblich zu bewerten mit der Folge, dass bestimmte Änderungen des ursprünglichen Auftrags nur nach Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig sind. Unter welchen Voraussetzungen Änderungen ohne Pflicht zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig sind, regelt § 132 GWB, § 22 EU VOB/A. Nach Abs. 1 unterliegen „wesentliche“ Auftragsänderungen grundsätzlich einer Neuausschreibungspflicht, wenn nicht einer der Ausnahmetatbestände der Absätze 2 und 3 vorliegt. Vergaberechtlich sind Planungsänderungen nach Zuschlagserteilung in der Phase 1 danach weitgehend zulässig. Dies ergibt sich aus Folgendem:

2.4.1. De-minimis-Regelung, §§ 132 Abs. 3 GWB, 22 EU Abs. 3 VOB/A

Nach §§ 132 Abs. 3 GWB, 22 EU Abs. 3 VOB/A sind Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung (1.) die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 GWB nicht übersteigt

⁹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 - II-Verg 22/13.

⁹⁴ Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406, 409.

⁹⁵ Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406, 409.

⁹⁶ HDB, Leitfaden für die Durchführung eines Kompetenzwettbewerbs bei Partnerschaftsmodellen, 2007.

und (2.) bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

Soweit die Planungsänderungen zu Änderungen der Leistungen des Partners führen, deren Wert den jeweiligen Schwellenwert nach § 106 GWB nicht überschreiten, sind diese Änderungen danach zulässig bis sie in der Summe 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes erreichen. Der ursprüngliche Auftragswert meint denjenigen bei Zuschlagserteilung.⁹⁷ Die Planungsleistungen in Phase 1 sollen im zweistufigen Vertragsmodell grundsätzlich zu Optimierungen in der Planung und damit verbundenen Einsparungen führen, so dass aus ihnen gar keine Erhöhungen, sondern Reduzierungen des Auftragswertes resultieren. In diesem Fall sind die Wertgrenzen der §§ 132 Abs. 3 GWB, 22 EU Abs. 3 VOB/A grundsätzlich eingehalten.

Änderungen aus denen Kostensteigerungen resultieren, sind gemäß §§ 132 Abs. 3 GWB, 22 EU Abs. 3 VOB/A bis zum Erreichen der Wertgrenzen zulässig. Denn der Gesamtcharakter des Auftrags ändert sich durch Planungsänderungen in der Phase 1 typischerweise nicht. Der Gesamtcharakter eines öffentlichen Auftrags setzt sich zusammen aus den Elementen, die ihm sein Gepräge geben.⁹⁸ Eine Änderung des Gesamtcharakters setzt voraus, dass der Vertrag insgesamt im Hinblick auf seine wesentlichen Grundelemente betroffen ist. Nach den Maßstäben des Zivilrechts ist eine Änderung der den Vertragstyp prägenden Elemente erforderlich.⁹⁹ Nach Erwägungsgrund 109 der Richtlinie 2014/24/EU liegt eine Änderung des Gesamtcharakters vor, wenn die bisherigen Leistungen durch andersartige Leistungen ersetzt werden – beispielsweise wenn aus einer Dienst- eine Bauleistung wird – und sich dadurch die Art der Beschaffung verändert.¹⁰⁰ Eine solche Änderung der den Vertragstyp prägenden Elemente ist mit Planungsänderungen in der Phase 1 nicht verbunden. Denn die Grundelemente des Vertrags bleiben davon unberührt.

2.4.2. In den ursprünglichen Vergabeunterlagen angelegt, §§ 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 22 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A

Nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB, 22 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sind Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert.

Entsprechende Regelungen in den ursprünglichen Vergabeunterlagen müssen sich danach klar, genau und eindeutig zu Art, Umfang und den Voraussetzungen einer Vertragsänderung äußern.¹⁰¹ Entscheidend und zugleich ausreichend für das Vorliegen von ausschreibungsfreien Änderungen ermöglichenden Überprüfungsklauseln ist, dass es sich um Klauseln handelt, die die Möglichkeit der Überprüfung vertraglicher Rechte und Pflichten vorsehen und damit zum Ausdruck bringen, dass sich die Bedingungen des Auftrags während seiner Laufzeit ändern können.¹⁰² Dabei muss jedoch zugleich die Formulierung der Überprüfungsklausel mit hinreichender Deutlichkeit sowohl die betroffenen vertraglichen Rechte und Pflichten benennen als auch die Tatbestandsvoraussetzungen der Überprüfung, deren Mechanismus und ihre Rechtsfolgen für den Vertrag auführen. Es muss für einen objektiven Dritten eindeutig erkennbar sein, in welchen Fällen die Überprüfungsklausel Anwendung findet und welche Rechtsfolgen diese hat, ohne dass verschiedene Auswirkungen auf den Vertrag denkbar sind.¹⁰³ Allgemein gehaltene Klauseln über die Anpassung des Vertrages, bei denen Vertragsänderungen auf freien Entscheidungen des Auftraggebers und nicht auf äußeren Umständen beruhen, entsprechen diesen Anforderungen nicht.¹⁰⁴

⁹⁷ Mertens/Götze in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein 8. Edition, Stand: 31.01.2017, § 132, Rn. 101.

⁹⁸ Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, GWB § 132 Rn. 41.

⁹⁹ Mertens in: BeckOK Vergaberecht, 2017, § 132 GWB, Rn. 52.

¹⁰⁰ Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 41.

¹⁰¹ Jaeger in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 132 GWB 27.

¹⁰² Mertens/Götze in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 8. Edition, Stand: 31.01.2017, § 132, Rn. 46.

¹⁰³ Mertens/Götze in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 8. Edition, Stand: 31.01.2017, § 132, Rn. 50.

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.7.2011 - VII 20/11.

Im Zwei-Phasen-Modell können im Vertrag Regelungen vorgesehen werden, die zum Ausdruck bringen, dass sich die Bedingungen des Auftrags während seiner Laufzeit ändern können. Diese können auch als Optionen hinreichend klar gefasst sein. Eine Möglichkeit dazu ist, für konkret definierte Ziele Anpassungsmöglichkeiten bereits bei Vertragsschluss vorzusehen. Dazu können verschiedene konkrete Leistungsbausteine vorgesehen werden, deren jeweiliger Abruf nach vertraglich geregelten Voraussetzungen möglich ist. In einem solchen „Baukastensystem“ können mögliche Änderungen bereits avisiert und so zum Bestandteil der ursprünglichen Vergabeunterlagen gemacht werden. Für mengenmäßige Änderungen sieht § 2 Abs. 3 VOB/B vor, dass sie bis zu einer Abweichung von 10 % keine Auswirkungen auf (Einheits-) Preise haben.

2.4.3. Unwesentliche Auftragsänderungen, §§ 132 Abs. 1 GWB, 22 EU Abs. 1 VOB/A

Auch wenn Änderungen sich nicht aus einer Option ergeben und auch die de-minimis Grenze der §§ 132 Abs. 3 GWB, 22 EU Abs. 3 VOB/A überschreiten, können sie vergaberechtlich zulässig sein. Denn grundsätzlich erfordern nach §§ 132 Abs. 1 GWB, 22 EU Abs. 1 VOB/A nur wesentliche Auftragsänderungen die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens. Die §§ 132 Abs. 1 Satz 3 GWB, 22 EU Abs. 1 Satz 3 VOB/A beinhalten einen nicht abschließenden Katalog an Regelbeispielen, bei deren Vorliegen eine wesentliche Änderung des Vertrags vorliegt. Danach liegt u.a. eine wesentliche Auftragsänderung vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,

a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,

b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten oder

c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,

2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,

3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird.

An dem Gehalt dieser Regelungsbeispiele sind Grenzen für Änderungen der Leistungen des Partners in der Planungsphase zu messen. Dazu im Einzelnen:

Zu Nr. 1 a): Eine wesentliche Änderung liegt nach Nr. 1a) vor, wenn Bedingungen geändert werden, die Bestandteil der Eignungsprüfung des Vergabeverfahrens waren und diese zu einem anderen Ergebnis geführt hätte.¹⁰⁵ Wesentlich ist eine Planungsänderung also, wenn sie zu Leistungen führt, die die von Bewerbern/Bietern zu erfüllenden Eignungskriterien verändern.¹⁰⁶ Dies kann etwa der Fall sein, wenn in den Eignungskriterien bestimmte technische Fähigkeiten der Unternehmen verlangt waren, die nach der Änderung der Leistung nicht mehr erforderlich sind. Soweit die in der Planungsphase vorgenommenen Änderungen keine Auswirkungen auf die Eignungskriterien haben, liegt demnach keine wesentliche Auftragsänderung im Sinne der §§ 132 Abs. 1 Nr. 1 a) GWB, 22 EU Abs. 1 Nr. 1 a) VOB/A vor.

Zu Nr. 1 b): Eine wesentliche Änderung liegt nach Nr. 1b) auch vor, wenn Bedingungen geändert werden, die die Zuschlagkriterien betreffen und die Änderung dazu geführt hätte, dass sich die Chancen nicht bezuschlagter Angebote im Wettbewerb soweit verändert hätten, dass sie bei einer Wertung der Angebote auf der veränderten Grundlage den Vorzug bekommen hätten.¹⁰⁷ Eine Veränderung kann also wesentlich sein, wenn zu besorgen ist, dass auf der Grundlage der geänderten Bedingungen ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten hätte. Soweit die Zuschlagkriterien im ursprünglichen Vergabeverfahren so bestimmt sind, dass sie von in der Planungsphase vorgenommenen Änderungen nicht

¹⁰⁵ Mertens/Götze in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 8. Edition, Stand: 31.01.2017, § 132, Rn. 25.

¹⁰⁶ Jaeger in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht 2. Auflage 2018, § 132, Rn. 7.

¹⁰⁷ Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage 2018, § 132, Rn. 20.

betroffen werden, liegt keine wesentliche Auftragsänderung im Sinne der §§ 132 Abs. 1 Nr. 1 b) GWB, 22 EU Abs. 1 Nr. 1 b) VOB/A vor.

Zu Nr. 1 c): Nach Nr. 1 c) liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn die Änderung dazu führt, dass sich nunmehr auch andere Unternehmen für eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren hätten interessieren können. Entscheidend ist, ob durch die veränderten Bedingungen typischerweise (auch) andere Unternehmen als die im Vergabeverfahren angesprochen würden. Dies kann beispielsweise bei einer nachträglichen Reduzierung des Auftragsvolumens der Fall sein, wenn der Auftrag mit dem reduzierten Volumen einen anderen Kreis von Unternehmen ansprechen würde.¹⁰⁸ Solange die Beschaffungsziele des Auftraggebers eingehalten werden, überschreiten einzelne Planungsänderungen danach typischerweise nicht die Grenze der Neuausschreibungspflicht.

Zu Nr. 2: Eine wesentliche Änderung liegt nach Nr. 2 auch dann vor, wenn eine Verschiebung des vertraglichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers erfolgt. Dies setzt einen bewussten Eingriff des Auftraggebers in das vertragliche Gefüge von Leistung und Gegenleistung voraus.¹⁰⁹ Auftragsänderungen, die das wirtschaftliche Gleichgewicht des Ursprungsauftrags zugunsten des Auftraggebers verschieben, sind niemals wesentlich.¹¹⁰ Planungsänderungen sind demnach nicht wesentlich, soweit eine Anpassung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung vorgenommen wird oder sie zu Kosteneinsparungen beim Auftraggeber führen, ohne dass eine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers erfolgt.

Zu Nr. 3: Schließlich liegt nach Nr. 3 eine wesentliche Änderung vor, wenn der Umfang der Rechte und Pflichten des Vertrags quantitativ erheblich erweitert wird. Eine wesentliche Änderung ist demnach erst dann gegeben, wenn umfangreiche Leistungen nachgefragt werden, die nicht vom ursprünglichen Vertrag gedeckt sind. Dabei muss der Umfang der zusätzlichen Leistung gegenüber der ursprünglich vereinbarten Leistung einen erheblichen Umfang haben. Planungsänderungen in der Phase 1 sind jedoch im Zwei-Phasen-Modell bereits in den vertraglichen Regelungen angelegt. Eine erhebliche Erweiterung der Rechte und Pflichten des Vertrags resultiert aus ihnen daher in der Regel nicht.

2.5. Losaufteilungsgebot, § 97 Abs. 4 GWB

Die kombinierte Vergabe der Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren ist mit dem Grundsatz der Losaufteilung nach § 97 Abs. 4 GWB vereinbar.

Gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, Leistungen in der Menge aufzuteilen (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben („Gebot der Losvergabe“). Die Rechtsprechung hat für die Prüfung der Zulässigkeit einer Abweichung von der losweisen Vergabe zwei Prüfungsstufen entwickelt:

2.5.1. Prüfungsstufe 1: Freie Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes

An seine Grenzen stößt der Mittelstandschutz, wenn eine Zerlegung in Teil- oder Fachlose bereits aufgrund der konkreten Beschaffungsziele des Auftraggebers nicht in Betracht kommt. Das ist der Fall, wenn die Lose in ihrer Summe den mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten (übergeordneten) Zielen des Auftraggebers nicht mehr entsprechen.¹¹¹ Der Auftraggeber verfügt bei der Definition seiner Beschaffungsziele über einen großen Beurteilungsspielraum.¹¹² Es obliegt grundsätzlich ihm, darüber zu

¹⁰⁸ Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht Kommentar, 3. Auflage 2018, § 132, Rn. 21.

¹⁰⁹ Mertens/Götze in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 8. Edition, Stand: 31.01.2017, § 132, Rn. 33.

¹¹⁰ Jaeger in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 132 GWB, Rn. 11.

¹¹¹ OLG Jena, Beschluss vom 6. Juni 2007 – 9 Verg 3/07; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27. November 2008 – Verg W 15/08; VK Sachsen, Beschluss vom 25. September 2009 – 1/SVK/038-09; OLG Celle, Beschluss vom 26. April 2010 – 13 Verg 4/10.

¹¹² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – Verg 63/10; vgl. auch VK Berlin, Beschluss vom 16. August 2016 – VK – B 1 – 23/16; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018 – 11 Verg 4/18.

bestimmen, welche Beschaffungsziele er auf welche Weise erreichen möchte.¹¹³ Keinesfalls ist der Auftraggeber verpflichtet, Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass sich bestimmte Unternehmen – auch wenn dies für sie von wirtschaftlichem Vorteil ist – daran beteiligen können.¹¹⁴ Denn der öffentliche Auftraggeber hat als Nachfrager nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen.¹¹⁵ Grundsätzlich sind die vergaberechtlichen Grenzen gewahrt, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist und dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe vorliegen, wobei die Festlegung willkür- und diskriminierungsfrei sein muss.¹¹⁶

Der Auftraggeber ist in der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes selbst demnach frei. Wenn dieser Beschaffungsgegenstand nicht in Losen vergeben werden kann, ist eine Losaufteilung logischerweise auch nicht erforderlich. Eine Interessenabwägung mit den Nachteilen einer kombinierten Vergabe für mittelständische Unternehmen (dazu unten 0) findet auf dieser Prüfungsstufe nicht statt.¹¹⁷ Der Auftraggeber muss dem Grundsatz der Losvergabe nicht solche eigenen Beschaffungsinteressen opfern, die er nur durch eine kombinierte Vergabe erreichen kann.¹¹⁸

Diese Freiheit des Auftraggebers bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes führt dazu, dass eine Vergabe der Planungs- und sämtlicher Bauleistungen an einen Auftragnehmer im Zwei-Phasen-Modell schon aufgrund der Beschaffungsziele des Auftraggebers zulässig sein kann. Denn diesem Modell gegenüber steht die Vergabe der Bauleistungen in einzelnen Losen. Eine solche losweise Vergabe ist jedoch gegenüber der Vergabe der Planungs- und sämtlicher Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell regelmäßig ein Aliud. Denn die losweise Vergabe setzt eine vollständige Planung durch den Auftraggeber und eine Vergabe nur der Bauleistungen auf der Grundlage von Leistungsverzeichnissen voraus. Das Zwei-Phasen-Modell beruht demgegenüber auf der frühzeitigen Einbindung des Baus in die Planung und einer Zusammenarbeit in der Planungsphase. Durch die gemeinsame Optimierung und Fortschreibung der Planung sowie die anschließende Ausführung des in die Planung einbezogenen Unternehmens erhält der Auftragsgegenstand gegenüber der losweisen Vergabe ein eigenes Gepräge. Diese Definition des Beschaffungsgegenstands beruht auch auf sachlichen Gründen. Insbesondere sollen Risiken frühzeitig erkannt, das Bauausführungs-Know-how des Bauunternehmers genutzt, das Vorhaben auf die bauleistungslogischen Prozesse des Bauunternehmers abgestimmt und eine gemeinsame Definition des Bau-Solls am Ende der Phase 1 und hierdurch eine frühzeitige Termin- und Kostensicherheit erreicht werden. Jedenfalls dann, wenn das Projekt durch besondere Komplexität, bauliche Spezifität oder besondere Rahmenbedingungen wie Zeitnot gekennzeichnet ist, können die Ziele des Auftraggebers erst oder jedenfalls besser durch das Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren erreicht werden. Es handelt sich bei der losweisen Vergabe dann um einen anderen Beschaffungsgegenstand. Die Entscheidung für eines dieser unterschiedlichen Modelle ist dem Vergabeverfahren vorgelagert und unterliegt der in der Vertragsfreiheit verankerten Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers bei der Definition des Beschaffungsgegenstandes. Entscheidet er sich dabei für die Vergabe der Planungs- und sämtlicher Bauleistungen an einen Auftragnehmer im Zwei-Phasen-Modell und damit für einen gegenüber einer gewerkweisen Vergabe eigenen Beschaffungsgegenstand, ist eine Aufteilung des Auftrags in Lose schon nicht möglich.

¹¹³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – Verg 63/10; OLG Jena, 26. Juni 2006 – 9 Verg 2/06; OLG Jena, 6. Juni 2007 – 9 Verg 3/07; OLG Brandenburg, 27. November 2008 – Verg W 15/08. Daran hat auch die Novellierung des § 97 Abs. 3 GWB nichts geändert, vgl. OLG Celle, 26. April 2010 – 13 Verg 4/10; OLG Karlsruhe, 6. April 2011 – 15 Verg 3/11.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012 – Verg 92/11; LG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – Verg 63/10.

¹¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2011 – Verg 63/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012 – Verg 92/11.

¹¹⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018 - 11 Verg 4/18 m.w.N.

¹¹⁷ OLG Jena, Beschluss vom 6. Juni 2007 – 9 Verg 3/07; OLG Celle, Beschluss vom 26. April 2010 – 13 Verg 4/10.

¹¹⁸ OLG Brandenburg, 27. November 2008 – Verg W 15/08.

2.5.2. Prüfungsstufe 2: Technische und wirtschaftliche Gründe

Selbst wenn eine Losvergabe alternativ zum Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren im Einzelfall möglich ist, können überwiegende technische und wirtschaftliche Gründe die Vergabe der Planungs- und sämtlicher Bauleistungen an einen Auftragnehmer im Zwei-Phasen-Modell rechtfertigen. Denn nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB kann von einer Aufteilung des Auftrags in Lose abgesehen werden, „wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“. Auch wenn die Bestimmung der Beschaffungsziele ergibt, dass die benötigte Leistung in Form einer Losvergabe erbracht werden könnte, ist danach eine Einzelfallabwägung vorzunehmen. Eine Losaufteilung ist demnach nicht mehr angemessen, wenn die Losvergabe in hohem Maße unwirtschaftlich ist und damit der Gesamtzielsetzung des Vergaberechts, wirtschaftlich zu beschaffen, zuwiderläuft.¹¹⁹

Die Zulässigkeit einer kombinierten Vergabe der Planungs- und sämtlicher Bauleistungen setzt auf der zweiten Prüfungsstufe voraus, dass

(1.) wirtschaftliche oder technische Gründe für eine kombinierte Vergabe vorliegen und

(2.) diese Gründe im Rahmen einer Abwägung gegenüber den Interessen des Mittelstandes an der Losaufteilung überwiegen.

Der Auftraggeber muss sich demnach mit dem grundsätzlichen Gebot der Fachlosvergabe und den im konkreten Fall dagegen sprechenden Gründen auseinandersetzen und eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange vornehmen, mit dem Ergebnis, dass die für eine kombinierte Vergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe überwiegen. Diese Entscheidung des Auftraggebers kann im Nachprüfungsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Fehlbeurteilung beruht.¹²⁰

Im Einzelnen:

Wirtschaftliche oder technische Gründe: Im Rahmen der zweiten Prüfungsstufe ist zunächst zu prüfen, ob der Fach- oder Teillosvergabe nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe entgegenstehen.¹²¹ Demgemäß sieht Erwägungsgrund 78 UAbs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU sogar vor, dass der öffentliche Auftraggeber „zur Prüfung der Frage verpflichtet sein sollte, ob die Aufteilung von Aufträgen in Lose überhaupt sinnvoll ist“. Nach diesen Maßstäben können Gründe, nach denen eine Aufteilung in Lose nicht sinnvoll ist, sein, dass eine Aufteilung nach Auffassung des Auftraggebers den Wettbewerb beschränken könnte oder mit der Gefahr verbunden wäre, dass die Ausführung des Auftrags technisch übermäßig erschwert oder kostspielig würde oder dass mit der Notwendigkeit zur Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer für die Lose die ernsthafte Gefahr einer Untergrabung der sachgerechten Ausführung des Auftrags verbunden sein könnte. Dabei sind komplexe und in die Zukunft gerichtete, prognostische Betrachtungen und Überlegungen anzustellen, z. B. im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der Bauausführung, die Bauabläufe und die Einhaltung zeitlicher Vorgaben.

Technische Gründe rechtfertigen nach dem Maßstab der Rechtsprechung bereits dann von einer Fachlosvergabe Abstand zu nehmen, wenn die ganzheitliche Leistungserbringung erhebliche Vorteile zur Erreichung des gewünschten Ziels bietet.¹²² Als solche Vorteile wurden anerkannt:

¹¹⁹ Vgl. VK Bund, Beschluss vom 1. Februar 2001 – VK 1-1/01.

¹²⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018 - 11 Verg 4/18.

¹²¹ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012 - Verg 92/11; Beschluss vom 7. März 2012 – VII-Verg 82/11.

¹²² OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Mai 2018 –11 Verg 4/18.

- Synergieeffekte durch organisatorische und technische Gründe,¹²³
- Beschleunigungseffekt bei einer mehrschichtigen und komplex gelagerten Baumaßnahme durch Übertragung der Koordinierungs- sowie Bauleitungs- und Überwachungsaufgaben auf einen Generalunternehmer,¹²⁴
- „interdisziplinärer Managementaufwand“, der ein übergeordnetes Verständnis eines einzelnen Auftragnehmers erfordert, der idealiter als solcher als die Gesamtheit der Prozesse lenkender Einzelbieter auftritt,¹²⁵
- Anreiz für den Auftragnehmer die Leistungen vertragsgemäß durchzuführen durch Malusregelungen und die Letztverantwortlichkeit eines einzigen Auftragnehmers,¹²⁶
- Entwicklung von innovativen Ansätzen hinsichtlich der Gestaltung und Organisation der Arbeiten.¹²⁷

Wirtschaftliche Gründe rechtfertigen die Gesamtvergabe, wenn sich daraus Kostenvorteile gegenüber einer Losvergabe ergeben. Zur Rechtfertigung der kombinierten Vergabe ist dabei nicht erforderlich, dass eine Losvergabe „unverhältnismäßige“ Kostennachteile mit sich bringt und/oder zu einer „starken“ Verzögerung des Beschaffungsvorhabens führt.¹²⁸ Der Vorteil einer kombinierten Vergabe darf zwar nicht lediglich in der Vermeidung des mit einer Losvergabe typischerweise verbundenen Mehraufwands liegen, jedoch können auch einfache, jedenfalls nicht vernachlässigbare Kostennachteile oder zeitliche Verzögerungen¹²⁹ oder die Gefahr einer unwirtschaftlichen Zersplitterung durch die Losvergabe¹³⁰ genügen.

Daran gemessen werden gerade in komplexen Projekten häufig überwiegende technische und/oder wirtschaftliche Gründe die Vergabe der Planungs- und sämtlicher Bauleistungen an einen Auftragnehmer im Zwei-Phasen-Modell rechtfertigen können. Technische und/oder wirtschaftliche Gründe können insbesondere in besonderen Rahmenbedingungen des jeweiligen Vorhabens begründet sein. So können etwa besonders zahlreiche oder anspruchsvolle Schnittstellen zu einer bestehenden Bebauung Gründe für eine Bündelung von Losen sein. Denn eine Vielzahl von einzeln vergebenen Gewerken begründet eine erhöhte Anzahl von Schnittstellen und damit gleichzeitig mehr potentielle Fehlerquellen.¹³¹ Darüber hinaus können als technische Gründe etwa besondere spezifische Bauanforderungen oder Herausforderungen an die Logistik in Betracht kommen. Die Reformkommission Bau von Großprojekten hebt zudem hervor, dass ein maßgebliches Kriterium der Abwägung auch die Ressourcen des Auftraggebers sind.¹³² Daran anknüpfend ist zu prüfen, ob das Projekt mit Hilfe der internen Ressourcen des Auftraggebers überhaupt im Wege der Einzellosvergabe durchgeführt werden kann. Eine kombinierte Vergabe rechtfertigende technische und wirtschaftliche Gründe sind jedoch stets am konkreten Einzelfall individuell-projektbezogen darzustellen, zu begründen und mit den Interessen des Mittelstands abzuwägen. Dazu kann es sich für öffentliche Auftraggeber im Einzelfall anbieten, im Vorfeld ein entsprechendes baubetriebswirtschaftliches Gutachten einzuholen, um eine objektive und belastbare Grundlage rechtfertigender technischer und wirtschaftlicher Gründe zu erhalten. Voraussetzung ist das jedoch nicht.

Interessensabwägung: Nach der Rechtsprechung rechtfertigen wirtschaftliche oder technische Gründe den Verzicht auf eine Losaufteilung, wenn die damit für den Auftraggeber verbundenen Nachteile im Rahmen einer Abwägung gegenüber den Interessen des Mittelstandes an der Losaufteilung

¹²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2007 – Verg 10/07.

¹²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2009 – Verg 27/09; OLG Düsseldorf, 22. Oktober 2009 – VII-Verg 25/09.

¹²⁵ VK Berlin, Beschluss vom 16. August 2016 – VK – B 1 – 23/16.

¹²⁶ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Mai 2018 – 11 Verg 4/18.

¹²⁷ OLG Frankfurt, Beschluss vom 14. Mai 2018 – 11 Verg 4/18.

¹²⁸ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2009 – Verg 27/09.

¹²⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – Verg 52/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2009 – Verg 27/09.

¹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012 – Verg 92/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2011, Verg 63/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Oktober 2009 – VII-Verg 25/09.

¹³¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – Verg 52/11; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27. November 2008 – Verg. W 15/08.

¹³² Endbericht der Reformkommission, S. 44.

überwiegen.¹³³ Der Auftraggeber verfügt dabei über eine Einschätzungsprärogative.¹³⁴ Er muss jedoch die wirtschaftlichen oder technischen Gründe mit den Nachteilen einer kombinierten Vergabe für mittelständische Unternehmen sorgfältig abwägen.¹³⁵

Im Rahmen dieser Abwägung der Interessen des Mittelstands sprechen gute Argumente dafür, dass im Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren die Interessen des Mittelstandes ausreichend berücksichtigt werden können. Denn zum einen gibt es bei der Nutzung entsprechender Modelle in der Privatwirtschaft keine Anzeichen entgegenstehender mittelständischer Interessen. Im Gegenteil haben verschiedenen Handwerkskammern an der Erstellung eines Leitfadens zur Anwendung des Bauteamverfahrens aktiv mitgewirkt.¹³⁶ Eine Studie der ÖPP Deutschland AG im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen zu kleineren und mittleren ÖPP-Projekten aus dem Jahr 2015 hat ergeben, dass mehr als die Hälfte der bisherigen ÖPP-Projekte dabei an Mittelständler vergeben wurden. Die Studie kommt zu dem Schluss, dass jedenfalls solche kleineren und mittleren ÖPP-Projekte mit einer Investitionsvolumen von weniger als EUR 25 Mio. für mittelständische Unternehmen gut realisierbar sind und sogar der Trend erkennbar ist, dass die Mittelstandseteiligung in den letzten Jahren weiter zugenommen hat.¹³⁷

Zum anderen kann das Zwei-Phasen-Modell besonders mittelstandsfreundlich ausgestaltet werden, indem etwa besondere Vorgaben für die Vergabe von Nachunternehmerleistungen gemacht werden.¹³⁸ Solche Vorgaben sind in der Praxis bei ÖPP-Projekten bereits anerkannt. Eine Studie der TU Braunschweig im Auftrag des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie zeigt, dass über die Hälfte der befragten ÖPP-Geber in der Ausschreibung Vorgaben zur Einbeziehung von mittelständischen Unternehmen während der Nutzungsphase machen. 89,3 Prozent der befragten ÖPP-Nehmer setzen während der Nutzungsphase mittelständische Nachunternehmer ein.¹³⁹

¹³³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Oktober 2009 – Verg 25/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012 – Verg 92/11; OLG Koblenz, Beschluss vom 30. März 2012 – 1 Verg 2/11.

¹³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2007 – Verg 10/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2009 – Verg 27/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012 – Verg 92/11.

¹³⁵ OLG Brandenburg, Beschluss vom 27. November 2008 – Verg W 15/08.

¹³⁶ Vgl. Architektenkammer Baden-Württemberg, Bauteam – ein Leitfaden für Architekten und Handwerker, 2009.

¹³⁷ ÖPP Deutschland AG im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen, ÖPP und Mittelstand - Praxisbeispiele und Handlungsempfehlungen für die Umsetzung von kleineren und mittleren ÖPP-Projekten, Band 6, aktualisierte und überarbeitete 2. Auflage 2015.

¹³⁸ Vgl. zur Förderung des Marktinteresses kleiner und mittlerer Unternehmen bei ÖPP-Projekten mit kleinen und mittleren Investitionsvolumina auch ÖPP Deutschland AG im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen, ÖPP und Mittelstand - Praxisbeispiele und Handlungsempfehlungen für die Umsetzung von kleineren und mittleren ÖPP-Projekten, Band 6, aktualisierte und überarbeitete 2. Auflage 2015.

¹³⁹ TU Braunschweig, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb Lehrstuhl für Infrastruktur- und Immobilienmanagement im Auftrag des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie, ÖPP-Praxistext 2.0: Evaluierung der Nutzungsphase; Stand Oktober 2016, S. 36.

III. Ausgestaltung

Das Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren als im Rahmen eines einheitlichen Vergabeverfahrens vergebener zweistufiger Vertrag stellt Auftraggeber und Partner in Bauprojekten der öffentlichen Hand vor Herausforderungen, deren Lösung eine ausgewogene Gestaltung des Vergabeverfahrens (unten 1) und des Vertrags (unten 2) erfordern. Für eine erfolgreiche Durchführung von Projekten im Zwei-Phasen-Modell ist entscheidend, dass die berechtigten Interessen aller Beteiligten in einer ausgewogenen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und des Projektvertrags angemessen berücksichtigt sind und eine partnerschaftliche Kultur in der Vertragsdurchführung gelebt wird.

1. Vergabeverfahren

Im Vergabeverfahren werden die Voraussetzungen dafür geschaffen, eine für Auftraggeber und Partner bestmögliche Projektrealisierung im Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren sicherzustellen. Dabei sind bei Bauprojekten der öffentlichen Hand die besonderen Anforderungen an Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 GWB) sowie an die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung (§ 6 Abs. 1 HGrG) zu beachten.

1.1. Wahl der Verfahrensart

Grundsätzlich sind bei einem Vergabeverfahren zur Vergabe der Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell alle in der VOB/A vorgesehenen Verfahrensarten anwendbar, soweit die jeweiligen Anwendungsvoraussetzungen vorliegen. § 3 EU VOB/A sieht folgende Verfahrensarten vor:

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren
- Wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft

Unter Zweckmäßigkeitgesichtspunkten ist bei der Wahl der Verfahrensart zu prüfen, ob der partnerschaftliche Ansatz schon dadurch gefördert werden soll, indem die Leistungen im Wege einer „dialoggeprägten“ Verfahrensart vergeben werden. Mit dem Begriff „dialoggeprägte“ Verfahrensart sind solche Verfahrensarten gemeint, bei denen der Auftraggeber im Verfahren mit den Bietern in den Dialog über die zu vergebenden Leistungen und Rahmenbedingungen eintritt. Dazu zählen das Verhandlungsverfahren, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft. Diese Verfahrensarten bieten die Möglichkeit, gemeinsame Ziele von Auftraggeber und Auftragnehmer zu identifizieren und weiter zu schärfen. Dies betrifft auch die vertraglichen Regelungen zur kooperativen Zusammenarbeit.

Voraussetzung für die Wahl einer dialoggeprägten Verfahrensart ist, dass hierfür die rechtlichen Voraussetzungen vorliegen. § 3a EU Abs. 2 und 4 VOB/A regeln abschließend die Fälle, in denen die Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb oder eines wettbewerblichen Dialogs zulässig sind. Für die Innovationspartnerschaft fehlt ein entsprechender Katalog von Rechtfertigungsgründen. Oftmals ist eine Innovationspartnerschaft jedoch auch in den für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder den wettbewerblichen Dialog geregelten Fällen zulässig.¹⁴⁰ Denn nach Erwägungsgrund 49 der Richtlinie 2014/24 muss der Zugang zur Innovationspartnerschaft bestehen, wenn der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf „*nicht durch bereits auf dem Markt verfügbare Lösungen*“ befriedigen kann. Da die Ausgestaltung eines Verhandlungsverfahrens und eines Beschaffungsvertrages nach den Grundsätzen der Innovationspartnerschaft bereits unter der Richtlinie 2004/18 zulässig war¹⁴¹ und die Richtlinie 2004/18 den Anwendungsbereich nicht beschränken sondern ausweiten wollte, gebietet sich ein weites Verständnis des Anwendungsbereichs der Innovationspartnerschaft.

¹⁴⁰ Püstow in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 119 GWB, Rn. 107ff.

¹⁴¹ Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Third Edition 2014, Volume 1, Rn. 9-129; Gomes Public Procurement Law Review 2014, 211.

Die „dialoggeprägten“ Verfahrensarten sind nach § 3a EU Abs. 2 und 4 VOB/A insbesondere zulässig, wenn:

- die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können,
- der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst,
- der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,
- die technischen Spezifikationen vom Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine europäische technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne des Anhangs TS Nummern 2 bis 5 der Richtlinie 2014/24/EU erstellt werden können.

Die Voraussetzungen für die Wahl des wettbewerblichen Dialogs, des Verhandlungsverfahrens und der Innovationspartnerschaft liegen bei der Vergabe der Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell typischerweise vor. Denn der frühe Planungsstand zum Zeitpunkt der Ausschreibung und die Weiterentwicklung der Planung in der Phase 1 unter Einbindung des Bauunternehmens in die Planung machen vor der Auftragsvergabe Verhandlungen erforderlich, um die Risiken abzugrenzen. Zudem ist das Ergebnis der vom Auftrag erfassten Planungsleistungen zumindest bei Neubauvorhaben immer eine individuelle und damit einzigartige Lösung, erfasst also konzeptionelle und innovative Lösungen, wodurch auch der Anwendungsbereich der Innovationspartnerschaft eröffnet ist. Denn im Zwei-Phasen-Modell geht es dem Auftraggeber darum, den Markt einzubeziehen, um die besten technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu finden.

In der Praxis werden die Innovationspartnerschaft und das Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell genutzt.¹⁴² Alternativ hat der wettbewerbliche Dialog für das Zwei-Phasen-Modell keine große Relevanz. Denn der wettbewerbliche Dialog kann genutzt werden, wenn der Auftraggeber zu Beginn des Vergabeverfahrens seine Vorstellungen von der Leistung noch nicht präzise formulieren kann und hat zum Ziel, diese Lösung im Rahmen des Vergabeverfahrens zu finden. Die Ausgestaltung des Verfahrens ist am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB zu messen. Wegen des fehlenden Dialogs mit dem Planer ist der wettbewerbliche Dialog eher eine Alternative zum Zwei-Phasen-Modell / Bauteamverfahren. Der Leitfaden Großprojekte enthält eine Übersicht der rechtlichen Voraussetzungen „dialoggeprägter“ Verfahrensarten und Aspekte, anhand derer die Entscheidung für eine konkrete Verfahrensart getroffen werden kann.¹⁴³

1.2. Struktur des Vergabeverfahrens

Die Struktur des Vergabeverfahrens ist abhängig von der gewählten Verfahrensart. Den Ablauf der „dialoggeprägten“ Verfahrensarten regelt § 3b EU VOB/A in Abs. 3 für das Verhandlungsverfahren, in Abs. 4 für den wettbewerblichen Dialog und in Abs. 5 für die Innovationspartnerschaft. Diesen Verfahrensarten ist gemein, dass nach einem Teilnahmewettbewerb mit ausgewählten Bietern über die Leistung verhandelt bzw. in einen Dialog getreten wird.¹⁴⁴ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) verlangen das Gleichheits- und Transparenzgebot, dass der Beschaffungsgegenstand bei Einleitung des Vergabeverfahrens präzise bestimmt werden kann (dazu oben II.2.2). Auf der

¹⁴² Siehe dazu BVG (ABl. EU 2016/S 077-137881. Zwei-Phasen-Modell im Verhandlungsverfahren); HOWOGE (ABl. EU 2017/S 250-526411 – Zwei-Phasen-Modell als Innovationspartnerschaft).

¹⁴³ BMVI, Leitfaden Großprojekte, Modul VII Prüfungsschema Vergabeverfahren Partnerschaftliche Projektzusammenarbeit, S. 110ff.

¹⁴⁴ Zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerblichen Dialogs vgl. Stickler/Schneider in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 3b EU VOB/A, Rn. 14 ff.; zum Ablauf der Innovationspartnerschaft vgl. Püstow/Meiners, NZBau 2016, 406, 407.

Grundlage des definierten Beschaffungsbedarfs muss der Auftraggeber Eignungs- und Zuschlagskriterien bestimmen können, die sowohl die Planungsleistungen der Phase 1 als auch die Bauleistungen der Phase 2 umfassen (zu Zuschlagskriterien oben II.2.3 und unten 1.3).¹⁴⁵

Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs wählt der Auftraggeber diejenigen Unternehmen aus, mit denen er in Verhandlungen bzw. einen Dialog tritt und die er zur Abgabe von Angeboten auffordert.¹⁴⁶ Es besteht die Möglichkeit, die Anzahl der Unternehmen, die am weiteren Verfahren beteiligt werden, zu begrenzen. Dazu gibt der Auftraggeber die Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl der einzuladenden Bewerber an. Die Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen, § 6 EU Abs. 2 Satz 3 VOB/A. Dementsprechend sind sie so zu gestalten, dass sie sowohl die Eignung für die Planungsleistungen der Phase 1 als auch für die Bauleistungen der Phase umfassen. Für die Innovationspartnerschaft ist sogar ausdrücklich festgelegt, dass die Eignungskriterien die Fähigkeiten der Unternehmen auf dem Gebiet der Forschung und Entwicklung sowie die Ausarbeitung und Umsetzung innovativer Lösungen betreffen, § 3b EU Abs. 5 Nr. 1 VOB/A. Darüber hinaus kann die Fähigkeit der Unternehmen, in einem partnerschaftlichen Ansatz kooperativ mit den weiteren Projektbeteiligten zusammen zu arbeiten Gegenstand der Eignungskriterien sein. Dafür können etwa Referenzen über Projekte mit einem partnerschaftlichen Ansatz abgefragt werden. Soweit hierdurch eine zu starke Marktverengung befürchtet wird, kann die Kooperationsfähigkeit (auch) bei der Angebotswertung durch Konzepte, Präsentation oder ein Assessment des angebotenen Projektteams bewertet werden.

Im Rahmen der Verhandlungen mit den ausgewählten Unternehmen muss sichergestellt werden, dass der in der Leistungsbeschreibung definierte Auftragsgegenstand selbst nicht verändert wird. Dafür ist wesentlich, dass bereits bei Einleitung des Vergabeverfahrens definiert ist, welche Aspekte der Leistungsbeschreibung und des Vertrags Gegenstand von Verhandlungen sein können und welche Elemente in den Angeboten zwingend einzuhaltende Mindestanforderungen darstellen.

1.3. *Angebotswertung*

Um gemäß § 127 Abs. 1 GWB eine Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot sicherzustellen, muss bei der Vergabe der Planungs- und Bauleistungen im Zwei-Phasen-Modell neben dem Preis auch die Qualität der von den Bietern angebotenen Leistungen gewertet werden (dazu oben II.2.3). Dies kann beispielsweise durch die Bewertung von Konzepten der Bieter zur vorgesehenen konkreten Form der Leistungsausführung geschehen, die sich zum einen auf die Planungsleistungen und zum anderen auf die Bauleistungen beziehen. Die Wertung von Konzepten wird dadurch gestärkt, dass § 97 Abs. 3 GWB betont, dass bei der Vergabe Aspekte der Qualität und Innovation zu berücksichtigen sind. Der Leitfaden Großprojekte nennt mögliche Zuschlagskriterien und enthält Hinweise zu ihrer Ausgestaltung und Gewichtung.¹⁴⁷

Beim Zwei-Phasen-Modell in einem partnerschaftlichen Ansatz werden von besonderer Bedeutung für die Qualität der Leistungserbringung vielfach auch Organisation, Qualifikation und Erfahrung des Leitungspersonals mit entsprechenden Projekten sein. Eine verbotene Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien liegt darin nicht.¹⁴⁸ Insbesondere der Kompetenz der handelnden Personen zu einem dialoggeprägten Verhalten kommt für den Erfolg partnerschaftlicher Projektabwicklungen entscheidende Bedeutung zu. Daher kann es sich empfehlen, diese Kompetenz im Rahmen der Zuschlagskriterien zu bewerten. Eine fortschrittliche Methode dafür ist die Bewertung entsprechender Kompetenzen in einem Assessment mit darauf ausgerichteten Aufgaben- und Fragestellungen.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 14.10.2004 - Rs. C-340/02 („La Chauvinière“), Rn. 34ff.; EuGH, Urteil vom 10.12.2009 - Rs. C-299/08 („marché de définition“), Rn. 41ff.

¹⁴⁶ Beim Verhandlungsverfahren und der Innovationspartnerschaft werden zuerst Angebote einholt, im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs tritt der Auftraggeber mit den Unternehmen vor Angebotsabgabe in den Dialog ein.

¹⁴⁷ Leitfaden Großprojekte, S. 32ff., 97ff.

¹⁴⁸ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2015 – Verg 35/14.

2. Vertragsgestaltung

Jeder Vertrag regelt Interessengegensätze.¹⁴⁹ Das gilt auch für den zur Durchführung des Zwei-Phasen Modells / Bauteamverfahrens abzuschließenden zweistufigen Vertrag (nachfolgend: „Vertrag“). Allerdings hängt der Erfolg dieses Modells maßgeblich davon ab, dass es den Vertragspartnern gelingt, einen „fairen Vertrag“ mit angemessen verteilten Chancen und Risiken zu vereinbaren. Wesentliche Ziele der Vertragsgestaltung sind dabei,

- die beiderseitigen Interessen zu erkennen und angemessen zu berücksichtigen,
- die frühzeitige konstruktive Kooperation der Vertragspartner zu regeln und zu fördern,
- die mit den Bauvorhaben verbundenen Risiken anzusprechen und ausgewogen zuzuordnen,
- im Konfliktfall eine schnelle und faire Streitbeilegung zu gewährleisten.

Hierzu kann auf die aus der Privatwirtschaft und internationalen Verträgen bekannten und bewährten Instrumente der Vertragsgestaltung (siehe oben B.II) zurückgegriffen werden. Darüber hinaus muss der Vertrag jedoch auch die oben angesprochenen vergaberechtlichen Anforderungen, z.B. an die Bedeutung des im Vergabeverfahren benannten Preises (vgl. oben II.2.3), abbilden.

Spezielle vertragliche Regelungen können auch von öffentlichen Auftraggebern zulässig vereinbart werden. Zwar ist nach § 8a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A in den Vergabeunterlagen vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrags werden. Nach § 8a EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A sind jedoch die Erfordernisse des Einzelfalles die Allgemeinen Vertragsbedingungen und etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen durch Besondere Vertragsbedingungen zu ergänzen. Für die Erforderlichkeit genügt dabei, wenn die entsprechenden Regelungen „sachlich geboten“ sind. Änderungen der Regelungen der VOB/B werden grundsätzlich wirksame Vertragsbestandteile, soweit sie nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen wegen eines Verstoßes gegen die §§ 305 ff. BGB unwirksam sind.¹⁵⁰

2.1. Phase 1 - Planungsphase

Ziel der Phase 1 (Planungsphase) ist es, die vom Auftraggeber erstellte Planung bis zur Beendigung der Genehmigungsplanung (Leistungsphase 4 HOAI) gemeinsam mit dem Bauunternehmen so zu optimieren, dass anschließend mit einer möglichst hohen Kosten-, Termin- und Qualitätssicherheit in die Phase 2 eingestiegen werden kann. Die Ausführungsplanung und alle weiteren erforderlichen Planungen und technischen Bearbeitungen werden dann vom Partner eigenverantwortlich auf der Grundlage der abgestimmten Planung in der Phase 2 (Bauausführungsphase) erbracht.

In der Planungsphase liegt die Planung weiterhin in der Verantwortung des Entwurfsverfassers des Auftraggebers. Dieser sollte bereits bei seiner Beauftragung zur Mitwirkung- und Kooperation mit dem Partner in der Phase 1 verpflichtet werden. Er muss sich mit den vom Partner in dieser Phase aufgezeigten technischen, gestalterischen und sonstigen Vorschlägen zur Optimierung der Planung fachlich fundiert auseinandersetzen, sich hierzu begründet positionieren und die abgestimmten Anpassungen in die Planung aufnehmen. Das setzt die Bereitschaft des Planers voraus, Änderungen zuzulassen, sich nicht in eine Verteidigungshaltung zur eigenen Planung zu begeben sondern stattdessen in einen ernsthaften und konstruktiven Austausch mit dem Partner einzutreten. Fördern lässt sich dies durch vertragliche Anreize für eine Optimierung der Planung, z.B. mittels Bonusregelungen. Alle Beteiligten müssen sich in dieser Phase als gemeinsames „Planungsteam“ begreifen. Die Bereitschaft hierzu ist vom Auftraggeber nicht nur bei der Vergabe der Bauleistungen vom Bauunternehmen sondern schon bei der Vergabe der Planungsleistungen vom Planersteller zu berücksichtigen.

Wird dem Bauunternehmen in der Planungsphase ausreichend Zeit und Möglichkeit eingeräumt, die Planung zu prüfen, anzupassen und zu optimieren, dann besteht auch die Bereitschaft dazu, auf dieser

¹⁴⁹ Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht, A. Vertragsverhandlung, -gestaltung und -strategie, Rn. 18.

¹⁵⁰ von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 8a VOB/A, Rn. 13.

Grundlage eine belastbare Ermittlung der zur Umsetzung des Bauvorhabens erforderlichen Kosten („Baupreis“) zu erstellen und bestimmte Risiken (z.B. Baubarkeit des Entwurfs) zu übernehmen.

Für seine Leistungen in der Planungsphase erhält der Auftragnehmer im Regelfall eine pauschale Vergütung. Bei der Vergabe ist darauf zu achten, dass eine angemessene Vergütung angeboten wird. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind nicht einschlägig, da die HOAI nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht auf Anbieter anwendbar ist, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- oder Ingenieurleistungen erbringen¹⁵¹. Im Zwei-Phasen-Modell liegt der Schwerpunkt der Leistung wie bei einem Generalunternehmer mit Planungsanteil nicht auf der Planung sondern auf der Bauleistung.

2.2. „Exit-Möglichkeit“

Auf der Grundlage des vom Bauunternehmen zum Abschluss der Planungsphase mitgeteilten Baupreises findet die Entscheidung darüber statt, ob die Bauphase gemeinsam durchgeführt oder aber die Zusammenarbeit beendet wird („Exit“).

2.2.1. Recht des Auftraggebers zum „Exit“

Zwar kann der Exit vertraglich sowohl als freie als auch als gebundene Entscheidung des Auftraggebers ausgestaltet werden. Durch eine gebundene Entscheidung kann jedoch ein positiver Anreiz für das Bauunternehmen gesetzt werden, im Vergabeverfahren einen belastbaren Preis zu bieten (vgl. dazu oben II.2.3).

Hierzu ist vertraglich zu regeln, dass das Bauunternehmen (nur) dann einen Anspruch auf Abruf der Bauausführungsphase hat, wenn der nach der Planungsphase ermittelte Baupreis gleich oder geringer als der im Vergabeverfahren gebotene Zielpreis ist. Anders herum ausgedrückt, besteht nur dann ein Recht des Auftraggebers zur Beendigung der Partnerschaft, wenn es wider Erwarten nicht gelungen ist, das Bauvorhaben so zu planen, dass der angebotene Zielpreis eingehalten werden kann. Für den Vergleich mit dem Baupreis sind Kostenänderungen wegen Änderungen des vereinbarten Werkerfolgs (§ 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB) in der Planungsphase herauszurechnen, z.B. durch Anpassung des Zielpreises. Ob auch Änderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, zu einer Anpassung des Zielpreises führen können, ist vertraglich zu regeln. Das hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung, dem Planungsstand und der Risikoverteilung bei Auftragsvergabe ab.

2.2.2. Pflicht des Auftraggebers zum „Exit“

Um abzusichern, dass sich die Preise in der Planungsphase nicht in einer Form entwickeln, die nicht mehr durch den Vergabewettbewerb gerechtfertigt ist, kann eine Pflicht zur Beendigung der Partnerschaft bei Kostenüberschreitungen von mehr als 15 Prozent aufgenommen werden und damit die Schwellen aufgegriffen werden, die die Rechtsprechung für die Zulässigkeit von Optionen entwickelt hat (dazu oben II.2.2.2) und die das GWB als de-minimis-Schwellen für zulässige Vertragsänderungen nach Zuschlagserteilung nennt (dazu oben II.2.4.1).

¹⁵¹ BGH Urteil vom 22.5.1997 – VII ZR 290/95.

2.3. Phase 2 - Bauausführungsphase

Kommt es nicht zum Exit, ist das Bauunternehmen vertraglich verpflichtet, das Bauvorhaben entsprechend der in der Planungsphase optimierten Planung und angepassten Leistungsbeschreibung umzusetzen.

2.4. Vergütungsmechanismen

Für die Ausgestaltung der Vergütung in der Bauausführungsphase stehen alle Wege offen:

2.4.1. Pauschalpreis

Der Vertrag kann vorsehen, dass das Bauunternehmen den Baupreis auf der Grundlage des Ergebnisses der Planungsphase als Pauschale anzubieten hat. Das ermöglicht eine einfache Abrechnung. Sofern bestimmte Risiken nicht mit übernommen werden (z.B. aus dem Baugrund oder Bestand) ist das vertraglich zu regeln.

2.4.2. GMP-Modelle

Der Vertrag kann aber auch vorsehen, dass das Bauunternehmen den in der Planungsphase ermittelten Baupreis als GMP anzubieten hat. Das setzt voraus, dass die Leistungen teilweise von Nachunternehmern erbracht werden, deren Leistungen im Open-Book Verfahren vergeben werden. Wird der GMP unterschritten (z.B. aufgrund günstiger Nachunternehmervergaben), dann profitieren beide Vertragspartner davon nach im Vertrag festzulegenden Prozentsätzen (Gain-Share). Wird der GMP überschritten, bleibt es je nach Ausgestaltung im Rahmen der übernommenen Risiken entweder beim Maximalpreis¹⁵² oder die Parteien übernehmen anteilig die Mehrkosten (Pain-Share).

2.4.3. Open-book Vergütung

Open-book-Vergütungen können auch außerhalb eines GMP-Modells zum Einsatz kommen. Gemeint sind hier Vergütungsvereinbarungen auf Basis tatsächlicher Kosten von Nachunternehmereinsätzen (Cost) zzgl. Zuschlagssätzen des Auftragnehmers (Fee). Ist bei der Vergabe absehbar, dass für bestimmte Bereiche auch nach der Planungsphase noch erhebliche Risiken verbleiben werden, die vom Auftragnehmer nicht übernommen werden können (z.B. Bestandsrisiken, die sich erst während der Bauphase aufklären lassen), dann können diese Bereiche aus dem Pauschalpreis herausgenommen werden. Stattdessen werden hierfür Nachunternehmervergaben auf Open-Book Basis mit einer Vergütung nach Cost + Fee vorgesehen. Gewertet wird im Vergabeverfahren nur der angebotene Zuschlagssatz auf Basis eines vom Auftraggeber festgelegten Budgets.

2.4.4. Anreizvergütungen

Anreizvergütungen wie z.B. Bonus-Klauseln können zusätzlich mit aufgenommen werden, um beispielsweise eine frühere Fertigstellung zu honorieren.

¹⁵² Dann handelt es sich um einen „nach unten offenen Pauschalpreis“, siehe Thierau in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar Teil A/B, 6. Auflage 2018, Baubeteiligte und Unternehmereinsatzformen, Rn. 44.

2.5. Elemente partnerschaftlicher Zusammenarbeit

2.5.1. Kooperationsverpflichtungen

Die für den beiderseitigen Erfolg des Projektes elementare kooperative Grundhaltung, der Wille zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit, kann durch vertragliche Regelungen allein nicht erreicht werden. Echte (freiwillige) Kooperation im Sinne einer Partnerschaft lässt sich nicht zwangsweise durchsetzen. Harte vertragliche Verpflichtungen haben daher nur begrenzte Wirkung. Dennoch kann die Verpflichtung auf eine „Partnering-Charta“, die von allen Beteiligten gleich zu Beginn des Projekts gemeinsam erarbeitet wird, zur Verbesserung der Projektkultur beitragen. Das ist insbesondere bei Verträgen mit Beteiligten, die bislang keine Erfahrungen mit solchen Modellen haben und einen konfrontativen Bauablauf gewohnt sind, ein sehr sinnvoller Beitrag zur Sensibilisierung für die partnerschaftliche Zusammenarbeit. Zur Entwicklung einer gemeinsamen Projektkultur kann zu Projektbeginn ein Workshop zwischen allen Projektbeteiligten zu dem Projektverständnis und den gegenseitigen Erwartungen helfen oder die Nutzung gemeinsamer Büros.

2.5.2. Streitbeilegungsmechanismen

Typisch für Partnering-Modelle sind außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen. Zur internen Konfliktlösung sollten bereits im Vertrag ausgewogen besetzte Gremien installiert werden, die aufkommende Streitigkeiten kurzfristig erörtern und einer Lösung zuführen sollen. Sollte auf dieser internen Streitbeilegungsebene keine Lösung gefunden werden, kommt als zweite (externe) Ebene eine Schlichtung in Betracht. Für diesen Fall empfiehlt es sich, den oder die Schlichter vorab gemeinsam auszuwählen, da die Erfolgsaussichten einer Schlichtung maßgeblich von der Person des Schlichters und des Vertrauens beider Parteien in dessen Einschätzung abhängen. Adjudikationsverfahren haben sich bei der öffentlichen Hand bislang noch nicht durchgesetzt, obwohl sie rechtlich möglich sind.¹⁵³

¹⁵³ KPMG Law im Auftrag des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) Bonn, Forschungsprogramm Zukunft Bau, Schiedsverfahren bei der Durchführung von Bundesbaumaßnahmen - Zur Möglichkeit der Einführung der Adjudikation für Bundesbauprojekte als Streitbeilegungsmechanismus vor Gerichts- oder Schiedsverfahren, Endbericht vom 25. Juli 2015.

D. Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Vollständige Bezeichnung
Abs.	Absatz
Alliance Leadership Team	ALT
Alliance Management Team	AMT
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
BIM	Building Information Modeling
BBR	Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BBSR	Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
ECI	Early Contractor Involvement
ECC	Engineering and Construction Contract
ES-Bau	Entscheidungsgrundlage Bau
EW-Bau	Entwurfsunterlage Bau
EUR	Euro
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
ETA	European Technical Assessment
GMP	Garantierter Maximalpreis
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Integrated Project Delivery	IPD
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NEC	New Engineering Contracts
NOP	Non-Owner Participants
ÖPP	Öffentlich-private Partnerschaft
RBBau	Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes
TU Braunschweig	Technische Universität Braunschweig
VDI	Verein Deutscher Ingenieure
VK	Vergabekammer
VgV	Vergabeverordnung
vgl.	vergleiche

Abkürzung	Vollständige Bezeichnung
VOB/A	VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
z.B.	zum Beispiel

KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Dr. Moritz Püstow

Partner, Rechtsanwalt, Öffentlicher Sektor
T +49 30 530199-129
mpuestow@kpmg-law.com

Dr. Torsten Göhlert

Senior Manager, Rechtsanwalt, Öffentlicher Sektor
T +49 351 21294-450
tgoehlert@kpmg-law.com

Dr. Johannes Meiners

Manager, Rechtsanwalt, Öffentlicher Sektor
T +49 30 530199-142
jmeiners@kpmg-law.com
www.kpmg-law.de

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation. Unsere Leistungen erbringen wir vorbehaltlich der berufsrechtlichen Prüfung der Zulässigkeit in jedem Einzelfall.