

### VERGABERECHT

„Design-to-Cost“ als Zuschlagskriterium – geht das? Unsere Vergaberechterspezialisten klopfen diese bei Auftraggebern immer beliebter werdende Variante ab und geben wertvolle Tipps.



# Vorsicht Risiko-verschiebung!



Mag. **Manfred Essletzichler** ist Partner und Rechtsanwalt sowie Leiter des Vergaberechterspezialisten von Wolf Theiss. Er gilt seit Jahrzehnten als einer der führenden Juristen im Vergaberecht und ist u. a. auf Vergabeverfahren für Bauleistungen sowie die Beratung in Nachprüfungsverfahren spezialisiert.



Mag. **Johann Hwezda** ist Rechtsanwalt im Vergaberechterspezialisten von Wolf Theiss. Er hat sich insbesondere auf Vergabeverfahren für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen spezialisiert.

**U**nter dem Schlagwort „Design-to-Cost“ sind – grob gesprochen – Bemühungen von (auch öffentlichen) Auftraggebern zu verstehen, eine nachhaltige und sinnvolle Mittelverwendung zu erreichen und ein aggressives Nachtrags- und Claimmanagement hintanzuhalten. Dabei versuchen öffentliche Auftraggeber immer öfter, den „Design-to-Cost“-Ansatz im Wege einer qualitativen Angebotsbewertung in Vergabeverfahren umzusetzen. Während die Idee von „Design-to-Cost“ auf den ersten Blick vielversprechend klingt, führt sie praktisch leider häufig zu einer ungerechten Risikoverschiebung auf den Auftragnehmer. Als vergaberechtliches Zuschlagskriterium ist „Design-to-Cost“ aber auch noch aus anderen Gründen zu hinterfragen.

### Was ist „Design-to-Cost“?

Die Idee von „Design-to-Cost“ ist nicht neu und erscheint auch legitim. „Design-to-Cost“ ist eine Methode zur systematischen Kostenkontrolle. Im Baubereich ist damit in der Regel gemeint, dass sich die Entwicklung (Planung) und Umsetzung eines (Bau-)Projektes an im Vorfeld definierten Kostenzielen zu orientieren hat und das Projekt daher – immer unter Aufrechterhaltung der grundlegenden Anforderungen – gegebenenfalls auch anzupassen ist, um die Kostenziele zu erreichen. Sehr vereinfacht gesagt soll sich also das Projekt

dem zur Verfügung stehenden Budget anpassen und nicht umgekehrt. Dafür sind im Bedarfsfall Einsparungsmöglichkeiten zu nutzen.

### Ausgewogene Risikoverteilung als Schlüssel für erfolgreiche „Design-to-Cost“-Projekte

Der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit des Ansatzes, dass also nur jenes Budget verbaut werden darf, dass verfügbar ist, wird kaum zu widersprechen sein. Problematisch wird der Ansatz dann, wenn er gleichzeitig sehr starre Leistungsanforderungen definiert und äußere Umstände nicht (oder ungenügend) berücksichtigt. In Kombination mit vertraglichen Regelungen, welche die Verantwortung für die Kostenzielerreichung sehr ungleich zu Lasten einer Seite (im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen tendenziell der Auftragnehmerseite) verteilen, kann der Ansatz zu einem unbilligen wirtschaftlichen Ungleichgewicht führen. Ein Auftragnehmer, der Nutzungsanforderungen uneingeschränkt erfüllen muss, dabei praktisch nur sehr geringe Projektanpassungsmöglichkeiten an von ihm nicht beherrschbare äußere Umstände besitzt und gleichzeitig an starre Kostenziele gebunden ist, trägt ein überproportionales Risiko.

Wie meistens wirken sich „unfaire“ Verträge letztlich negativ auf beide Seiten aus. Auch für die Auftraggeberseite sind derartige Regelungen nämlich nur auf

den ersten Blick günstig. In der Wettbewerbsphase führen solche Verträge zu weniger Wettbewerb und teureren Angeboten; in der Auftragsabwicklung wird sich ein derart unter Druck stehender Auftragnehmer oftmals genötigt sehen, Projektanpassungen vorzunehmen, die zwar gerade noch die geforderten Funktionalitäten ermöglichen, aber sehr wohl zu (spürbaren) Qualitätsminderungen führen

Festzuhalten ist allerdings auch, dass „gut“ gemachte „Design-to-Cost“-Regelungen in Verträgen sehr wohl funktionieren und auch für beide Seiten gut leibar sein können. Im Idealfall wird dann die Innovationskraft des Unternehmers freigesetzt und tatsächlich die Kostensicherheit erhöht. Ein „Design-to-Cost“-System ist daher letztlich immer so gut oder schlecht wie seine konkrete Umsetzung.

## Dürfen versprochene Kosteneinsparungen als qualitatives Zuschlagskriterium herangezogen werden?

Unabhängig von der geschilderten grundsätzlichen Problematik von „Design-to-Cost“-Regelungen stellt sich im (formalisierten) Vergabeverfahren eine zusätzliche Frage. Dürfen „Design-to-Cost“-Aspekte überhaupt als qualitatives Zuschlagskriterium herangezogen werden?

Hintergrund dieser Frage ist, dass öffentliche Auftraggeber (und Sektorenauftraggeber) in der Art und Ausgestaltung der Zuschlagskriterien in Vergabeverfahren nicht völlig frei sind. Es sind vielmehr verschiedene Grundsätze zu beachten, die schon das Bundesvergabegesetz vorgibt. Dazu gehört etwa, dass Zuschlagskriterien grundsätzlich auftragsbezogen sein müssen (also z. B. das konkret eingesetzte Personal, ein Konzept für das konkrete Projekt und natürlich den Preis betreffen müssen). Eignungskriterien müssen dagegen unternehmensbezogen sein (und dürfen damit z. B. die Jahresumsätze, die Personalausstattung oder die Anzahl der Lehrlinge eines Unternehmens betreffen). Wir haben zu den Abgrenzungen und grundlegenden Anforderungen in diesem Zusammenhang an dieser Stelle bereits berichtet.

Daneben hat auch die Judikatur – auf nationaler wie auch europäischer Ebene – im Laufe der Zeit präzisiert, was Zu-

schlagskriterien „dürfen“ und was nicht. Auf das Verhältnis von Preis- und Qualitätskriterien bezogen hat die Judikatur etwa klargestellt, dass Aspekte, die monetarisiert werden können, die also unmittelbar den vom Auftraggeber zu bezahlenden Preis betreffen, im Rahmen der Preisbewertung zu berücksichtigen sind (also auch monetarisiert werden müssen). Sie kommen demnach nicht als Qualitätskriterium in Frage. Damit wird auch verhindert, dass die gebotene Berücksichtigung von Qualitätskriterien, die gerade bei Bauausschreibungen lange Zeit eher stiefmütterlich behandelt wurde, nicht dadurch unterlaufen wird, dass im Rahmen der Qualitätsbewertung erst recht wieder Preisaspekte bewertet werden.

Die Zulässigkeit einer Bewertung der Qualität (Glaubwürdigkeit, Nachvollziehbarkeit, Detaillierungsgrad etc.) einer Kostenermittlung erscheint vor dem Hintergrund dieser Judikatur zumindest fraglich.

Eine „Design-to-Cost“-Qualitätsbewertung, die auf eine rein qualitative Bewertung von versprochenen (preislich ausgewiesenen) Einsparungspotenzialen bzw. Kosteneinsparungen (also deren Höhe) hinausläuft, widerspricht dagegen u. E. klar dieser Judikatur (wonach alles objektiv zu bewerten ist, was objektiv bewertet werden kann, bzw. wonach alles, was monetarisiert werden kann, auch im Rahmen der Preisbewertung zu berücksichtigen ist).

Die Zugehörigkeit von Einsparungspotenzialen zum Preis bzw. der Preisbewertung (und nicht der Qualitätsbewertung) folgt auch aus folgender Überlegung:

Im Rahmen der Qualitätsbewertung bewertete Aspekte müssen vertraglich für verbindlich erklärt werden. Dies würde auch gelten, wenn ein Auftraggeber von Bieter vorgeschlagene Einsparungspotenziale bewertet. Andernfalls könnten Bieter „fantasievoll“ große Einsparungspotenziale ausweisen, ohne diese tatsächlich verwirklichen zu müssen. Wenn aber die Einsparungspotenziale vertraglich verbindlich werden (allenfalls auch pönalisiert), handelt es sich letztlich wiederum um bloße Preiselemente.

Wie jedes unzulässige Zuschlagskriterium kann auch eine unzulässige qualitative Bewertung von Preisbestandteilen die

gesamte Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belasten. Eine erfolgreiche Bekämpfung von Zuschlagskriterien in einer Ausschreibung ist nämlich in der Regel nicht sanierbar und führt somit ggf. zur Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung. Eine Anfechtung einer solchen „Design-to-Cost“-Ausschreibung, die auf eine bloße qualitative Bewertung von Preisen bzw. Preisbestandteilen hinausläuft, ist also u. U. durchaus aussichtsreich und mit Blick auf die problematische vertragliche Wirkung derartiger Systeme in manchen Fällen wohl auch strategisch sinnvoll. Wenn eine Ausschreibung erst bestandfest ist, also die Anfechtungsfrist abgelaufen, sind die Festlegungen in der Regel nämlich nicht mehr angreifbar. //

## Praxistipps



// Design-to-Cost-Systeme sind natürlich nicht prinzipiell ungerecht und nachteilig für Auftragnehmer. Wo dies aber der Fall ist, sollte schon im laufenden Vergabeverfahren auf eine Änderung hingewirkt werden.

// Der Bieter hat verschiedene Möglichkeiten, auf eine Anpassung von nachteiligen Bestimmungen hinzuwirken. In Verhandlungsverfahren geht dies (am direktesten Weg) im Rahmen der Verhandlungen mit den Auftraggebern. In anderen Verfahren kann u. U. im Rahmen von Bieterfragen auf die Problematik hingewiesen werden.

// Als letzte Möglichkeit steht Bieter die Anfechtung von Ausschreibungen, die auf (unbillige bzw. vergaberechtswidrige) Design-to-Cost-Systeme setzen, zur Verfügung. Wenn Kostenermittlungen bzw. versprochene Kosteneinsparungen als qualitative Zuschlagskriterien eingesetzt werden, bietet sich u. U. ein guter Hebel, denn dies kann vergaberechtlich unzulässig sein.