

GPA-Mitteilung Kommunales Bauwesen 1/2023

25. April 2023

Funktionalausschreibungen (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm)

Einleitung

Seit einiger Zeit ist eine starke Zunahme an Funktionalausschreibungen (Ausschreibungen aufgrund einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm) zu beobachten. Zum Teil geht es dabei um größere Vorhaben (etwa Schulen, Verwaltungsgebäude), oftmals aber auch um kleinere Zweckbauten (wie Kindergärten, Kindertagesstätten).

In vielen Fällen ist es fraglich, ob die rechtlichen Voraussetzungen für diese Vergabeform vorliegen. Oftmals fehlen Vergabedokumentationen, in denen die Wahl der Funktionalausschreibung überzeugend begründet wird.

Diese Mitteilung befasst sich daher in erster Linie mit den vergaberechtlichen Voraussetzungen für Funktionalausschreibungen. Sie beginnt mit einer Übersicht über die einschlägigen Rechtsnormen und einer Darstellung der Merkmale der Funktionalausschreibung. Sodann wird die in § 7c Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A) geforderte Abwägung aller Umstände, die der Wahl einer Funktionalausschreibung vorausgehen muss, behandelt. Außerdem werden vergabe- und vertragsrechtliche Aspekte angesprochen, wie die Inhalte von Leistungsprogrammen und Funktionalangeboten sowie die Problematik der Nachträge bei Pauschalverträgen, die aufgrund von Funktionalausschreibungen geschlossen wurden. Die Mitteilung schließt mit einer kurzen Behandlung sogenannter Teilfunktionalausschreibungen.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Rechtsnormen	3
2. Grundlegendes	4
3. Vergaberechtliche Zulässigkeit von Funktionalausschreibungen	6
3.1 Vorrang der konstruktiven Ausschreibung	6
3.2 Abwägung nach § 7c VOB/A (bzw. § 7c EU VOB/A)	9
3.3 Sonstige vergaberechtliche Voraussetzungen	14
4. Weitere vergabe-/vertragsrechtliche Aspekte von Funktionalausschreibungen	14
4.1 Anforderungen an das Leistungsprogramm	14
4.2 Anforderungen an das Funktionalangebot	15
4.3 Wertungsmatrix	15
4.4 Nachträge bei Pauschalverträgen infolge von Funktionalausschreibungen	16
5. Teilfunktionalausschreibungen	17

Anhang 1: Rechtsnormen (Wortlaut)

Anhang 2: Wesentliche Komponenten des Leistungsprogramms nach Anhang 9 des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB-Bund)

1. Rechtsnormen

Im Zusammenhang mit Funktionalausschreibungen sind vorwiegend die folgenden Rechtsnormen zu beachten:

1) Bei europaweiten Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwerts:

- § 121 GWB (Leistungsbeschreibung),
- § 2 Satz 2 VgV (Verpflichtung zur Anwendung der VOB/A, 2. Abschnitt, bei Bauvergaben)
- § 7c EU VOB/A (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm),
- § 97 Abs. 4 GWB (Vorrang der losweisen Vergabe),
- § 5 EU Abs. 2 VOB/A (Vorrang der losweisen Vergabe).

2) Bei nationalen Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwerts:

- § 7c VOB/A (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm),
- § 5 Abs. 2 VOB/A (Vorrang der losweisen Vergabe).

Diese Bestimmungen haben folgende Bedeutung:¹

Zu 1) Europaweite Vergaben:

§ 121 GWB richtet sich an die Vergabe von Liefer-/Dienstleistungen und Bauleistungen gleichermaßen. Nach § 121 Abs.1 Satz 2 GWB kann der Auftraggeber frei zwischen der konstruktiven und der funktionalen Ausschreibung wählen. Allerdings ist diese Gleichrangigkeit der beiden Vergabeformen nicht in den bei Bauleistungen maßgeblichen und nach § 2 Satz 2 VgV anzuwendenden Abschnitt 2 der VOB/A übernommen worden. Vielmehr regelt § 7c EU VOB/A einen Vorrang der konstruktiven vor der funktionalen Leistungsbeschreibung.

§ 7c EU VOB/A nennt die vergaberechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine Funktionalausschreibung durchgeführt werden kann. Außerdem enthält § 7c EU VOB/A Regelungen zum Aufbau und zum Inhalt des Leistungsprogramms und des Funktionalangebots.

§ 97 Abs. 4 GWB und § 5 EU Abs. 2 VOB/A regeln den Vorrang der losweisen vor der zusammengefassten Vergabe und verfolgen damit das Ziel der Mittelstandsförderung. Nach diesen Bestimmungen darf eine zusammengefasste Vergabe von Losen nur erfolgen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

¹ Die Rechtsnormen sind (mit Ausnahme von § 7c EU Abs. 2 und 3 VOB/A bzw. § 7c Abs. 2 und 3 VOB/A) im Anhang im Wortlaut abgedruckt.

Zu 2) Nationale Vergaben:

§ 7c VOB/A regelt die vergaberechtlichen Voraussetzungen, unter denen eine Funktionalausschreibung durchgeführt werden kann. Außerdem enthält § 7c VOB/A Vorgaben zum Aufbau und Inhalt des Leistungsprogramms und des Funktionalangebots. Diese Bestimmung entspricht vollinhaltlich dem bei europaweiten Vergaben anzuwendenden § 7c EU VOB/A.

§ 5 Abs. 2 VOB/A regelt den Vorrang der losweisen vor der zusammengefassten Vergabe. Ziel dieser Bestimmung ist die Förderung mittelständischer Unternehmen. Sie ähnelt den bei europaweiten Vergaben relevanten Bestimmungen zur Mittelstandsförderung (§ 97 Abs. 4 GWB, § 5 EU Abs. 2 VOB/A). Allerdings ist § 5 Abs. 2 VOB/A etwas weniger streng formuliert als die vorgenannten EU-Vorschriften. § 5 Abs. 2 VOB/A ermöglicht eine zusammengefasste Vergabe in Fällen, in denen wirtschaftliche oder technische Gründe vorliegen. Nach § 97 Abs. 4 GWB und § 5 EU Abs. 2 VOB/A darf eine zusammengefasste Vergabe dagegen nur erfolgen, wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen **erforderlich** ist.

2. Grundlegendes

Bei einer Funktionalausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm) verzichtet der Auftraggeber weitgehend auf eine eigene Planung. Er gibt lediglich einen Rahmen mit Anforderungen vor, welche die bauliche Anlage erfüllen muss (Raumprogramm, Qualitäten, gestalterische Vorgaben und andere). Es ist dann Sache des Bieters und späteren Auftragnehmers, die bauliche Anlage unter Berücksichtigung der Vorgaben des Auftraggebers zu planen und im Auftragsfall zu erstellen. Somit unterscheidet sich die Funktionalausschreibung von der konstruktiven Ausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis) dadurch, dass bei der konstruktiven Ausschreibung ein detailliertes Leistungsverzeichnis verwendet wird, das auf einer detaillierten Planung des Auftraggebers beruht.

Bei Funktionalausschreibungen wird der Auftrag an einen sogenannten Totalunternehmer (respektive Totalübernehmer) erteilt. Der Totalunternehmer ist alleiniger Vertragspartner des Auftraggebers. Einen Großteil der Leistung erbringt er selbst, den Rest vergibt er an Nachunternehmer. Darüber hinaus erbringt er auch Planungsleistungen. Er plant die von ihm angebotene Bauleistung selbst, auf Grundlage des vom Auftraggeber verwendeten Leistungsprogramms.

Der Totalübernehmer erbringt demgegenüber keine Bauleistungen im eigenen Betrieb, er vergibt sämtliche Leistungen an Nachunternehmer. Aufgrund des Selbstausführungsgebots des § 6 Abs. 3 VOB/A dürfen Totalübernehmer im Unterschwellenwertbereich, auch wenn die Voraussetzungen des § 7c Abs. 1 VOB/A erfüllt sind, nicht beauftragt werden.¹ Bei europaweiten Vergaben besteht eine andere Rechtslage. Hier ist die Beauftragung eines Totalübernehmers

¹ Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 21. Auflage 2020, Randnr. 37 f. zu § 6 VOB/A.

möglich. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Totalübernehmer Verpflichtungserklärungen seiner Nachunternehmer vorlegt, wonach diese ihre Kapazitäten dem Totalübernehmer im Auftragsfall zur Verfügung stellen (§ 6d EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A).

Funktionalausschreibungen (Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm) haben einschneidende Konsequenzen. Sie führen zwangsläufig zur zusammengefassten Vergabe aller Teilleistungen wie bei einer Generalunternehmervergabe.¹ Da sämtliche Bieter Planungsleistungen erbringen müssen, hat der Auftraggeber für die Ausarbeitung der Angebote eine angemessene Entschädigung festzusetzen (vgl. § 8b Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A, § 8b EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Diese steht jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat. Aufgrund des hohen Aufwands, den eine Funktionalausschreibung für die Bieter mit sich bringt, kommt die Öffentliche Ausschreibung (das Offene Verfahren) normalerweise nicht in Betracht. Bei Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm kann daher eine Beschränkte Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb (nicht offenes Verfahren) oder eine Freihändige Vergabe (Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb) durchgeführt werden (§ 3a Abs. 2 Nr. 3 VOB/A, § 3a Abs. 3 VOB/A, § 3a Abs. 2 Nr. 1 lit. b), c) VOB/A). Damit geht jedoch eine Einschränkung des Wettbewerbs einher.²

Funktionalausschreibungen dürfen nicht mit reinen Generalunternehmerausschreibungen (GU-Ausschreibungen) verwechselt werden. Bei einer GU-Ausschreibung geben die Bieter Angebote unter Verwendung des vom Auftraggeber erstellten – sämtliche Leistungen umfassenden – Leistungsverzeichnisses ab. Dieses Leistungsverzeichnis basiert auf einer detaillierten Planung des Auftraggebers. Im Gegensatz zur Funktionalausschreibung erbringen die Bieter bei einer GU-Ausschreibung somit keine Planungsleistungen.

Reine Generalunternehmerausschreibungen sind nicht Gegenstand dieser Mitteilung. Sie werden in der GPA-Mitteilung Kommunales Bauwesen 2/2016 behandelt.

¹ Die zusammengefasste Vergabe aller Teilleistungen ist eine automatische Folge der Funktionalausschreibung. Sie ist rechtskonform, wenn die Funktionalausschreibung als solche zulässig ist und umgekehrt.

² So auch VK Lüneburg, Beschluss vom 11. August 2005, VgK-33/2005.

3. Vergaberechtliche Zulässigkeit von Funktionalausschreibungen

3.1 Vorrang der konstruktiven Ausschreibung

Wie dargelegt, hat die Funktionalausschreibung erhebliche einschränkende Auswirkungen auf den Wettbewerb. Aus diesem Grund gehen die VOB/A, die überwiegende Meinung in der Fachliteratur, die Rechtsprechung und die Richtlinien der staatlichen Vergabehandbücher davon aus, dass keine freie Wahl zwischen der konstruktiven Ausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm) und der Funktionalausschreibung besteht. Vielmehr stehen diese Vergabeformen zueinander in einem Regel-/Ausnahmeverhältnis. Eine Funktionalausschreibung ist nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen, welche die Wahl der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm rechtfertigen.

Dieses Regel-/Ausnahmeverhältnis kommt in § 7c VOB/A (bzw. § 7c EU VOB/A) zum Ausdruck. Danach darf die funktionale Ausschreibung – anstelle einer konstruktiven Ausschreibung – nur gewählt werden, wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.

Auch in der Kommentarliteratur wird darauf hingewiesen, dass einer Darstellung der Leistung durch das Leistungsprogramm eine umfassende Abwägung vorausgegangen sein muss. Dabei ist zu prüfen, ob es zweckmäßig ist, auch den Entwurf der Leistung auszuschreiben, um so die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der gestellten Bauaufgabe zu ermitteln. Erst wenn diese Kriterien kumulativ erfüllt sind, kann sich der Auftraggeber seiner originären Aufgaben entledigen. Er muss prüfen, ob die von ihm erstrebte richtige Lösung der Bauaufgabe nicht in gleicher Weise durch eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis unter Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten erreicht werden kann.¹

Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit von Funktionalausschreibungen ist bislang nicht zahlreich ergangen. Soweit sie zu dieser Frage vorliegt, wird jedoch von einem Stufenverhältnis zwischen der konstruktiven und der funktionalen Leistungsbeschreibung ausgegangen. So betont die Vergabekammer Niedersachsen, dass die Leistung grundsätzlich durch eine Baubeschreibung sowie durch ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis ausgeschrieben

¹ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, Randnr. 5 f. zu § 7c EU VOB/A., ähnlich: Ingenstau/Korbion, VOB - Teile A und B, 21. Auflage 2020, Randnrn. 8 und 13 zu § 7c bzw. § 7c EU VOB/A; Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, Randnrn. 10, 12 und 22 zu § 7c EU VOB/A, Noch, Vergaberecht kompakt, 8. Auflage 2019, Kapitel B, Randnr. 921, 922, Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Auflage 2016, Kapitel 5, Randnrn. 1262, 1265.

werden solle. Nur ausnahmsweise dürfe neben der Bauausführung auch der Entwurf der Planung auf den Auftragnehmer übertragen werden. Voraussetzung hierfür sei, dass diese Vorgehensweise nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig sei.¹

Die Vergabehandbücher des Staates (VHB, HVA-StB) enthalten Richtlinien, die die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens betreffen. Adressaten dieser Richtlinien sind die staatlichen Dienststellen. Allerdings kommt den Richtlinien der staatlichen Vergabehandbücher auch außerhalb der staatlichen Auftragsvergabe wegweisende Bedeutung zu. Nach der Richtlinie 100 VHB, Nr. 4.4.1.1 kommt die funktionale Leistungsbeschreibung nur in Ausnahmefällen in Betracht, so vor allem bei Systembauten und technisch komplexen Anlagen.

Die Mindermeinung

Vereinzelte wird vertreten, es bestünde ein Wahlrecht zwischen der konstruktiven und der funktionalen Leistungsbeschreibung, so dass der Auftraggeber in seiner Entscheidung hinsichtlich der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung frei sei.²

Die Befürwortenden dieser Auffassung verweisen auf den 74. Erwägungsgrund der europäischen Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU) sowie auf § 121 GWB (Leistungsbeschreibung).

Aus diesen Normen ergebe sich, dass die konstruktive und die funktionale Leistungsbeschreibung zumindest gleichrangig nebeneinanderstünden. Aus dem 74. Erwägungsgrund der europäischen Vergaberichtlinie sei sogar ersichtlich, dass die EU die Funktionalausschreibung im Grunde favorisiere. Außerdem sei der Auftraggeber schon aufgrund der ihm zustehenden Beschaffungsautonomie frei in der Entscheidung, konventionell (mittels Leistungsverzeichnis) oder funktional auszuschreiben.

In der Tat wurde diese Gleichrangigkeit der Vergabeformen in § 121 GWB übernommen. Im Übrigen kennt das Vergaberecht bei Liefer-/Dienstleistungen traditionell keinen Vorrang der konstruktiven Ausschreibung vor der Funktionalausschreibung. Nach § 2 Satz 2 VgV müssen öffentliche Auftraggeber (Kommunen), bei der Vergabe von Bauleistungen im Oberschwellenbereich (europaweite Vergaben), jedoch den zweiten Abschnitt der VOB/A (VOB/A-EU) anwenden.

§ 7c EU VOB/A geht davon aus, dass die konstruktive Ausschreibung Vorrang vor der Funktionalausschreibung hat. Dass die VOB/A hier eine strengere Regelung trifft als das GWB wird als unproblematisch angesehen.³

¹ VK Niedersachsen, Beschluss vom 07. Oktober 2015 - VgK-31/2015.

² Kulartz/Weidemann, Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit funktionaler Ausschreibungen (NZBau 2021, 571).

³ Burgi/Dreher, Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2017, Randnr. 100 zu § 121 GWB.

Im Übrigen weisen selbst die Befürwortenden der Wahlfreiheit darauf hin, dass ein Teil der Literatur für den Ober- wie für den Unterschwellenbereich davon ausgehe, dass die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis den Regelfall, die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm dagegen die stets begründungsbedürftige Ausnahme darstelle.¹

Dies gilt gerade auch für Unterschwellenwertvergaben. Soweit hier argumentiert wird, die Beschaffungsautonomie eröffne dem Auftraggeber auch bei nationalen Vergaben die freie Wahl zwischen den in Rede stehenden Vergabeformen (das GWB und die EU-Richtlinien finden bei Unterschwellenwertvergaben keine Anwendung) ist dem nicht zu folgen.

Die Funktionalausschreibung führt zwangsläufig zur Beauftragung eines Totalunternehmers. Diese Konsequenz, auf die auch die Vergabekammer Baden-Württemberg hinweist, ist der Funktionalausschreibung immanent.² Grund hierfür ist, dass es nicht möglich wäre, die von Bietenden einheitlich geplante und einheitlich angebotene Leistung nachträglich in Fachlose aufzuteilen, um diese dann getrennt an Einzelunternehmer zu vergeben.

Bei einer Gleichrangigkeit der beiden in Rede stehenden Vergabeformen hätte der Auftraggeber jedoch, über den Umweg der funktionalen Ausschreibung, faktisch die freie Wahl zwischen der Beauftragung eines Totalunternehmers und der fachlosweisen Vergabe. Dies stünde im eklatanten Widerspruch zu § 5 Abs. 2 VOB/A, wonach eine zusammengefasste Vergabe mehrerer oder aller Fachlose die absolute Ausnahme darstellt und somit nur in begründeten Einzelfällen erfolgen darf.³

Der Auftraggeber muss die Entscheidung für eine Funktionalausschreibung somit eingehend begründen. Dazu muss er die unter § 7c Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A) angesprochene Abwägung durchführen und diese dokumentieren (§ 20 VOB/A bzw. § 20 EU VOB/A).

Abwägung ohnehin empfehlenswert

Selbst wenn sich die Auffassung, der Auftraggeber habe die Wahlmöglichkeit zwischen der konstruktiven Ausschreibung und der Funktionalausschreibung, durchsetzen würde, wären die Kommunen gut beraten, auch weiterhin die in § 7c VOB/A (bzw. § 7c EU VOB/A) angesprochene Abwägung durchzuführen und zu dokumentieren. Nur so kann – etwa der Öffentlichkeit gegenüber – dargelegt werden, dass die Vor- und Nachteile der beiden Vergabeformen, bezogen auf den konkreten Fall, geprüft wurden und mit großer Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass die Funktionalausschreibung die bessere, respektive wirtschaftlichere Variante darstellt. Dabei ist zu bedenken, dass Funktionalausschreibungen nicht selten bei größeren Bauvorhaben, bei denen erhebliche Finanzmittel eingesetzt werden, zur Anwendung kommen.

¹ Kulartz/Weidemann, Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit funktionaler Ausschreibungen (NZBau 2021, 571).

² VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 29. Juli 2013 - 1 VK 25/13 (VPR 2014, 1038) „Strahlentherapie“.

³ Ebenso: Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Auflage 2016, Kapitel 5, Randnr. 1270.

3.2 Abwägung nach § 7c Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A)

Nach § 7c Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A) kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden, wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von § 7b Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7b EU Abs. 1 VOB/A), zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.

Was die Auslegung des Begriffs „zweckmäßig“ anbelangt, bestehen in der Literatur verschiedene Auffassungen. Zum Teil wird vertreten, „zweckmäßig“ bedeute im Grunde erforderlich¹. Nach anderer Auffassung soll es ausreichen, wenn der Auftraggeber lediglich sachliche Rechtfertigungsgründe für die Wahl der Funktionalausschreibung benennt, also Gründe, welche die Funktionalausschreibung im konkreten Fall als sinnvoll erscheinen lassen.

Nach hier vertretener Ansicht ist eine Funktionalausschreibung zweckmäßig im Sinne von § 7c Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A), wenn sich das Ziel, die in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionaler Hinsicht beste Lösung zu finden, mit hoher Wahrscheinlichkeit im Wege einer Funktionalausschreibung besser erreichen lässt als über eine Leistungsbeschreibung mittels Leistungsverzeichnis (konstruktive Ausschreibung).

Dass die Funktionalausschreibung im vorgenannten Sinn zweckmäßig ist, muss der Auftraggeber, wenn er sich für diese entscheidet, darlegen.

Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

- Der Auftraggeber muss die beiden Vergabeformen einander gegenüberstellen und die wesentlichen Vor- und Nachteile beider Vergabeformen in den Vergleich miteinbeziehen.
- Es dürfen nur solche Vorteile der Funktionalausschreibung berücksichtigt werden, die mit dem Vergaberecht im Einklang stehen. Die bloße Einsparung von Personal- und Koordinierungsaufwand gehört genauso wenig dazu, wie die bloße Überwälzung von Risiken auf den Auftragnehmer.
- Die Darlegung der Zweckmäßigkeit muss sich auf den konkreten Einzelfall beziehen.
- Der Auftraggeber hat, was die Abwägung und die Gewichtung der für oder gegen die jeweilige Vergabeform sprechenden Argumente anbelangt, einen Ermessensspielraum.
- Die Abwägung / Darlegung der Zweckmäßigkeit ist zu dokumentieren (§ 20 VOB/A).

¹ Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, Randnr. 8 zu § 7c Abs. 1 VOB/A.

Soweit Begründungen für die Wahl der Funktionalausschreibung in der Praxis vorliegen, erschöpfen sich diese nicht selten in einer bloßen schlagwortartigen Aufzählung einiger Aspekte, welche die Wahl der Funktionalausschreibung im konkreten Fall als vorteilhaft erscheinen lassen. So wird etwa damit argumentiert, die Funktionalausschreibung ermögliche den Bietern innovative Ideen einzubringen. Oftmals wird auch pauschal auf Vorteile in der zeitlichen Abwicklung verwiesen, die sich aus der Einschaltung eines Totalunternehmers ergeben sollen.

Nach § 7c VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A) soll ein **Abwägen** aller Umstände erfolgen. Eine Abwägung ist jedoch keine einseitige Darstellung von Vorteilen, sondern eine Gegenüberstellung für und gegen eine bestimmte Vorgehensweise sprechender Argumente.¹ Bildlich gesprochen geht es darum, beide Schalen einer Waage umfassend mit Argumenten zu befüllen, um dann zu sehen, auf welcher Seite die Waage ausschlägt. Dabei sind nicht nur die Vorteile, die eine Funktionalausschreibung im konkreten Fall mit sich bringt, sondern auch deren Nachteile zu berücksichtigen.

Als **Vorteile einer Funktionalausschreibung** kommen in Betracht:

- Firmen haben die Möglichkeit, innovative Ideen, etwa hinsichtlich der Bauweise und der Baudurchführung einzubringen. Diese Ideen beruhen gegebenenfalls auf firmenspezifischen Besonderheiten, etwa mit Blick auf die dem Unternehmen zur Verfügung stehende Fertigungstechnik.
- In der Regel ein geringerer Zeitbedarf für die Baudurchführung, als bei fachlosweiser Vergabe.
- Möglichkeit der Vereinbarung eines sogenannten garantierten Maximalpreises (Baukostenobergrenze).
- Gewisse Vorteile bei der späteren Baudurchführung (verringerte Risiken).²

Daneben muss der Auftraggeber auch die zahlreichen **Nachteile**, die eine Funktionalausschreibung mit sich bringt, in die Abwägung einbeziehen, zum Beispiel:

- Mehrbelastungen aufgrund der Entschädigungen, die der Auftraggeber den Bietern für die Erstellung der Planung zahlen muss.
- Die Gefahr, dass die Bietenden und späteren Auftragnehmer die Leistung zu Lasten des Auftraggebers „optimieren“ (Abmagerungsangebote aufgrund nicht hinreichend festgelegter Ausführungsstandards bei Vereinbarung eines Pauschalpreises).

¹ Beispielsweise VK Westfalen, Beschluss vom 04. September 2019 (VPR 2019, 226).

² Dabei ist aber zu beachten, dass der Auftraggeber auch bei Einschaltung eines Totalunternehmers nicht auf eine eigene Objektüberwachung verzichten sollte.

- Tendenziell höhere Angebotspreise gegenüber der konventionellen Vorgehensweise (Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und fachlosweise Vergabe), da der Bieter respektive Totalunternehmer seinen internen Koordinierungsaufwand und sein (erhöhtes) Haftungsrisiko bei Einschaltung von Nachunternehmern einkalkulieren muss.¹
- Das Risiko, dass die gesamte Baustelle im Falle der Insolvenz des Totalunternehmers stillsteht.
- Erschwernisse beim Nachvollzug und bei der Prüfung eventueller Nachtragsforderungen.

Die in Rede stehende Abwägung muss zumindest verbal-argumentativ erfolgen. Nach Möglichkeit sollte sie um quantitative Betrachtungen ergänzt werden.

Werden finanzielle Vorteile erwartet, die aus innovativen Bauweisen resultieren, sollten diese abgeschätzt und den Mehrbelastungen, die sich aus der Funktionalausschreibung ergeben (Entschädigungen für die Ausarbeitung der Angebote) sowie dem GU-Zuschlag, den Totalunternehmer üblicherweise einkalkulieren, gegenübergestellt werden. Es sollte ausgeschlossen werden können, dass die Wirtschaftlichkeitsvorteile aufgrund der vorgeschlagenen Innovationen in anderer Weise egalisiert werden (etwa durch den GU-Zuschlag). Zwar kann nicht erwartet werden, dass die Vorschläge der Bieter im Detail antizipiert werden. Dennoch sollte der Auftraggeber zumindest eine grobe Vorstellung davon haben, welche Innovationsvorschläge von den Bietern zu erwarten sind. Auch sollte er seine Vorgaben (die Vergabeunterlagen) so gestalten, dass das mit Funktionalausschreibungen verbundene Innovationspotential möglichst umfassend gehoben werden kann. Im Übrigen sollte auch dargelegt werden, weshalb es nicht möglich oder nicht zielführend ist, Innovationsvorschläge der Bieter im Wege von Nebenangeboten bei konventioneller Vorgehensweise (konstruktive Ausschreibung nach Fachlosen) einzuholen.

Bei kleineren und einfacheren Baumaßnahmen stellt sich im Übrigen die Frage, ob überhaupt Varianten mit nennenswerten Unterschieden oder Innovationsvorschläge in Betracht kommen, welche dies sein könnten und ob es für deren Identifikation wirklich einer Funktionalausschreibung bedarf.

Sollen die zeitlichen Vorteile, die bei einer Baudurchführung mit einem Totalunternehmer zu erwarten sind, in die Abwägung einbezogen werden, sollte versucht werden, diese abzuschätzen (Zeitszenarien). Diese Darlegung sollte sich nicht nur auf die reine Bauzeit beziehen, sondern auch die für die Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens benötigte Zeit berücksichtigen. Sollte ein Zeitdruck bestehen, aufgrund dessen eine schnelle Vergabe der Bauleistungen und eine möglichst kurze Bauzeit erforderlich sind, muss dargelegt werden, dass dieser

¹ Die Erfahrung zeigt, dass reine Generalunternehmervergaben üblicherweise rd. 10 % bis 15 % teurer sind als Einzellosvergaben (der Kostennachteil einer Generalunternehmervergabe ergibt sich aus der Tatsache, dass der Generalunternehmer Risiken aufgrund der Übertragung von Leistungen an Nachunternehmer sowie seinen eigenen Koordinierungsaufwand kalkulatorisch berücksichtigen muss). Dieser Kostennachteil wurde empirisch belegt

Zeitdruck nicht selbst verschuldet ist. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass zeitliche Vorgaben eines Zuwendungsgebers für sich genommen im Regelfall weder Verfahrensbeschleunigungen noch die Durchführung einer Funktionalausschreibung rechtfertigen.

Beabsichtigt der Auftraggeber, eine Funktionalausschreibung mit dem Ziel durchzuführen, eine Kostenobergrenze (garantierter Maximalpreis) zu vereinbaren, müsste der Auftraggeber etwa darlegen, dass die vorgegebene Kostenobergrenze eng und wirtschaftlich bemessen ist und die Bieter nicht einen erheblichen Puffer zur Verfügung haben, den sie problemlos unterschreiten können. Auch müsste dargelegt werden, wie im konkreten Fall sichergestellt wird, dass ein Bieter die Kostenobergrenze nicht dadurch unterschreitet, indem er lediglich den Standard mindert. Andererseits sollte dargelegt werden, dass die Obergrenze so bemessen ist, dass sie mit einer qualitativ hochwertigen und wirtschaftlichen Planung eingehalten werden kann. Für die realistische Bemessung der Baukostenobergrenze ist in der Regel eine fundierte Bedarfsermittlung (zum Beispiel Bedarfsplanung DIN 18205) erforderlich.

Sonderfälle Systembauten und technisch komplexe Anlagen

In der Literatur besteht Übereinstimmung, dass die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm in folgenden Fällen regelmäßig gerechtfertigt ist:

- **Systembauten**

Hier kann eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zweckmäßig sein, wenn sie wegen der fertigungsgerechten Planung in Fällen notwendig ist, in denen es beispielsweise bei Fertigteilmbauten wegen der Verschiedenartigkeit von Systemen den Bietern freigestellt sein muss, die Gesamtleistung so anzubieten, wie es ihrem System entspricht.¹

(Beispiele können sein: Abwasserbehandlungsanlagen, Kindergärten, Reihenhäuser, Sporthallen, Lagerhallen, Parkgaragen, jeweils in Systembauweise)

- **Technisch komplexe Anlagen**

Diese Fallgruppe kann vorliegen, wenn mehrere technische Lösungen möglich sind, die nicht im Einzelnen in einem Leistungsverzeichnis neutral beschrieben werden können und der Auftraggeber seine Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Funktionsgerechtigkeit erst aufgrund der Angebote treffen will.²

(Beispiele: Heizkraftwerke, Abfallentsorgungsanlagen, Müllverbrennungsanlagen, Schwimmbäder, Kunsteisbahnen, Gepäckförderanlagen, Fußballstadien.)

¹ DVA-Papier Fach- und Teillose (NZ Bau 2000, 555), Ziff. 4.2, VHB Richtlinie 100.

² DVA-Papier Fach- und Teillose, a.a.O., VHB Richtlinie 100.

Die Zulässigkeit einer Funktionalausschreibung bei Systembauten wird mit ganz ähnlichen Argumenten bejaht wie bei der Ausschreibung von technisch komplexen Anlagen. Bei Systembauten ist es oftmals nicht oder nur schwer möglich, die Leistung detailliert zu beschreiben und gleichzeitig sicherzustellen, dass Systeme verschiedener Hersteller die Vorgaben der Leistungsbeschreibung erfüllen. Unterschiedliche Systeme haben unterschiedliche spezifische Anforderungen, die von einer detaillierten vom Auftraggeber erstellten Leistungsbeschreibung oftmals nicht gleichermaßen berücksichtigt werden können.

Daher überlässt man es dem Systemhersteller, die Leistung so aufzugliedern, wie es seinem System entspricht.¹ Bei detaillierten Vorgaben könnte der Fall eintreten, dass einzelne Systeme nicht in den vom Auftraggeber vorgegebenen Rahmen passen und daher nicht angeboten werden können.

Ähnlich verhält es sich mit technisch komplexen Anlagen (etwa Heizkraftwerken). Auch hier ist es oftmals nicht möglich, eine detaillierte Planung des Auftraggebers zur Grundlage für eine Ausschreibung zu machen, weil diese Planung naturgemäß Zwangspunkte aufweist, die dazu führen können, dass die für solche Bauwerke relevanten Anlagen bei einzelnen Herstellern nicht mit den Vorgaben des Auftraggebers vereinbar sind. Daher überlässt man es dem Bieter, sowohl die bauliche Hülle, als auch die darin liegende Technik aufeinander abzustimmen und beides als Einheit anzubieten.

Wie erwähnt, ist der Auftraggeber, wenn er sich für die Systembauweise entscheidet, regelmäßig berechtigt, eine Funktionalausschreibung durchzuführen. Allerdings ist der Auftraggeber in seiner Entscheidung für die Systembauweise nicht völlig frei. Vielmehr muss er nachvollziehbare, auf den Einzelfall bezogene und aner kennenswerte Gründe (etwa Bedürfnis nach schneller Erweiterbarkeit /Reduzierbarkeit des Bauwerks, Minimierung der Belastungen der Anwohner, schnelle Bauzeit und andere) für die Wahl dieser Bauweise anführen können. Diese Gründe müssen im Einzelfall tatsächlich vorliegen und eine gewisse Schwere aufweisen. Es darf sich nicht nur um eine schablonenhafte Aufzählung einzelner Gründe handeln. Die Rechtfertigungsgründe für die Wahl der Systembauweise sind im Vergabevermerk (§ 20 VOB/A) zu dokumentieren.

¹ DVA-Papier Fach- und Teillöse, a.a.O.

3.3 Sonstige vergaberechtliche Voraussetzungen

Für die Zulässigkeit der Funktionalausschreibung kommt es nicht nur darauf an, dass die Voraussetzungen nach § 7c VOB/A (bzw. 7c EU VOB/A) vorliegen.¹ Vielmehr muss die Durchführung der Funktionalausschreibung auch mit den anderen vergaberechtlichen Bestimmungen und Prinzipien im Einklang stehen.

So ist zu beachten, dass Funktionalausschreibungen typischerweise mit der Vereinbarung eines Pauschalpreises einhergehen. Die Vereinbarung einer Pauschale ist aber nur zulässig, wenn die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A (bzw. § 4 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) vorliegen. Die zu vergebende Leistung muss also nach Ausführungsart und Umfang hinreichend bestimmt sein. Außerdem darf mit Änderungen in der Ausführung nicht zu rechnen sein. Nach Auffassung der Vergabekammer Lüneburg gilt diese Rechtslage auch für Funktionalausschreibungen.²

4. Weitere vergabe-/vertragsrechtliche Aspekte von Funktionalausschreibungen

Beim Aufstellen des Leistungsprogramms und der Wertung des Funktionalangebots sind einige Vorgaben der VOB/A und der Rechtsprechung zu beachten. Dazu einige Hinweise, gefolgt von einer kurzen Behandlung der Nachtragsproblematik bei Pauschalverträgen, die aufgrund von Funktionalausschreibungen geschlossen wurden.

4.1 Anforderungen an das Leistungsprogramm

Nach § 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A (bzw. § 7c Abs. 2 Nr. 1 VOB/A) umfasst das Leistungsprogramm folgende Komponenten:

- Beschreibung der Bauaufgabe,
- Musterleistungsverzeichnis.

Die Beschreibung der Bauaufgabe muss so aufgebaut sein, dass die Unternehmen alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können. Außerdem müssen der Zweck der fertigen Leistung sowie die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen angegeben sein.

¹ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 6. Auflage 2016, Kapitel 5, Randnr. 1268.

² VK Lüneburg, Beschluss vom 11. August 2005 – VgK-33/2005.

Diese Beschreibung kann um ein Musterleistungsverzeichnis ergänzt werden. Dessen Beifügung ist optional. Es besteht auch die Möglichkeit, auf das Musterleistungsverzeichnis zu verzichten. Wird es beigelegt, sollen die Mengenangaben darin ganz oder teilweise offengelassen werden.

Nähere Erläuterungen zur Ausgestaltung des Leistungsprogramms finden sich im Vergabehandbuch des Bundes (VHB), Anlage 9 (vgl. Anhang 2 zu dieser Mitteilung).

4.2 Anforderungen an das Funktionalangebot

Die Angaben des Bieters im Funktionalangebot werden mit Annahme seines Angebots Vertragsbestandteil. Der Auftraggeber muss daher – im Rahmen der Prüfung und Wertung der Funktionalangebote – beurteilen können, ob die Angaben des Bieters seinen Vorstellungen entsprechen. Dazu bedarf es klarer und umfassender Vorgaben des Auftraggebers hinsichtlich der Ausgestaltung und der formalen Anforderungen an die Funktionalangebote. Diese Vorgaben dienen auch der Sicherstellung der Vergleichbarkeit und Wertbarkeit der Angebote.

Nach § 7c Abs. 3 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 3 VOB/A) ist vom Bieter ein Angebot zu verlangen, das folgende Komponenten umfasst:

- Ausführung der Leistung,
- Entwurf der baulichen Anlage nebst eingehender Erläuterung,
- Darstellung der Bauausführung,
- eingehende und zweckmäßig gegliederte Beschreibung der Leistung.

Die Beschreibung der Leistung kann Mengen- und Preisangaben für Teile der Leistung umfassen. In diesem Fall ist vom Bieter zu verlangen, dass er die Vollständigkeit seiner Angaben, insbesondere die von ihm selbst ermittelten Mengen, entweder ohne Einschränkung oder im Rahmen einer in den Vergabeunterlagen anzugebenden Mengentoleranz vertritt.

Außerdem muss der Bieter etwaige Annahmen, zu denen er in besonderen Fällen gezwungen ist, weil zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe einzelne Teilleistungen nach Art und Menge noch nicht bestimmt werden können (z. B. Aushub-, Abbruch- oder Wasserhaltungsarbeiten) – erforderlichenfalls anhand von Plänen und Mengenermittlungen – begründen.

4.3 Wertungsmatrix

Funktionalausschreibungen führen zwangsläufig dazu, dass sich die Angebote inhaltlich, etwa hinsichtlich der Gestaltung, der Qualität und der Folgekosten voneinander unterscheiden. Es

würde also keinen Sinn machen, solche Angebote nur nach dem Preis zu werten. Vielmehr bedarf es zur Erfassung der in Rede stehenden Unterschiede weiterer Zuschlagskriterien neben dem Preis. Darauf hat unter anderen das Oberlandesgericht Frankfurt hingewiesen.¹

4.4 Nachträge bei Pauschalverträgen infolge von Funktionalausschreibungen

Funktionalausschreibungen führen zu einer weitgehenden Übertragung von Planungs- und Ausführungsrisiken auf den Totalunternehmer. Grund dafür ist, dass der Totalunternehmer die von ihm zu erstellende bauliche Anlage selbst plant und somit auch planerische Risiken übernimmt. Weiterhin führt auch die bei Funktionalausschreibungen übliche Vereinbarung eines Pauschalpreises zu einer Übernahme solcher Risiken. Dennoch findet auch bei Verträgen, die auf Grundlage von Funktionalausschreibungen abgeschlossen werden, in der Regel keine vollkommene Risikoübertragung auf den Totalunternehmer statt. Dies zeigen die vielen Praxisfälle, in denen Auftragnehmer auch bei solchen Verträgen berechnete Nachtragsforderungen stellen. Bei den nachfolgenden Fallkonstellationen sind weitere Leistungen auch dann nicht vom Pauschalpreis umfasst, wenn der Bauvertrag auf Grundlage einer Funktionalausschreibung beziehungsweise auf Grundlage einer vom Bieter selbst erstellten Planung geschlossen wurde:

- Bestimmte besondere Anforderungen werden im Leistungsprogramm nicht beschrieben (etwa weil der Auftraggeber diese nicht bedacht hat) und vom Totalunternehmer naturgemäß auch nicht vorgesehen.
- Der Totalunternehmer optimiert (minimiert) den von ihm bestimmten Leistungsinhalt nach seinen Gunsten, so dass er gerade den Anforderungen des Leistungsprogramms entspricht. Der Auftraggeber wünscht jedoch eine höherwertige Leistung. Diese ist aber nicht über das von ihm verwendete Leistungsprogramm abgedeckt.
- Grundlagen der Funktionalausschreibung (etwa ein Bodengutachten) erweisen sich als unvollständig, mangelhaft oder fehlerhaft. Leistungsänderungen oder zusätzliche Leistungen werden erforderlich.
- Nach Vertragsabschluss entwickelt der Auftraggeber neue Vorstellungen hinsichtlich der vom Totalunternehmer zu erbringenden Leistung. Er erweitert oder ändert das Leistungsprogramm, so dass es zu Leistungsänderungen oder zu zusätzlichen Leistungen (Leistungsausweitungen) kommt.

¹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2001, IBR 2001, 507.

5. Teilfunktionalausschreibungen

Vollfunktionale Ausschreibungen sind von teilfunktionalen Ausschreibungen zu unterscheiden.

Vollfunktionale Ausschreibungen sind solche, bei denen auch der Entwurf der baulichen Anlage dem Bieter übertragen wird. Sie sind in § 7c VOB/A (bzw. § 7c EU VOB/A) geregelt.¹

Teilfunktionale Ausschreibungen sind in der VOB/A nicht geregelt.² Es handelt sich dabei um Ausschreibungen, die funktionale und konstruktive Leistungsbeschreibungen miteinander kombinieren. Außerdem fallen „Schlüsselfertig-Ausschreibungen“, bei denen die Ausführungsplanung und die Koordinations- und Überwachungsleistungen an einen Generalunternehmer übertragen werden, unter den Begriff der „teilfunktionalen Ausschreibungen“.

Es existieren folgende Formen der teilfunktionalen Ausschreibung:

- a) Ein Leistungsverzeichnis enthält funktionale Teilleistungen (Positionen)

Beispiel: „Verbau nach Wahl des AN“³

- b) Ein Leistungsverzeichnis enthält funktional beschriebene Titel oder Bereiche

Beispiel: „Wasserhaltung nach Wahl des AN, pauschal“

- c) Einzelne Gewerke werden funktional ausgeschrieben⁴

Beispiel: „Gewerk Starkstromtechnik“ beim Bauvorhaben Neubau einer Hochschule⁵

- d) Schlüsselfertig-Ausschreibung

Beispiel: Bau eines Schulcampus

Im Fall d) liegt eine baurechtliche Genehmigung für die zu errichtende Anlage vor. Auf dieser Basis vergibt der Auftraggeber die Erstellung der baulichen Anlage inklusive der dazu erforderlichen Ausführungsplanung an einen Generalunternehmer. Die Teilfunktionalität bezieht sich bei dieser Variante darauf, dass ein Teil des Planungsprozesses (nämlich die Leistungsphasen 5 ff. an den bauausführenden Auftragnehmer übertragen werden).

¹ Vollfunktionale Ausschreibungen werden unter den Nummern 1 bis 3 dieser Mitteilung behandelt.

² Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, Randnr. 2 zu VOB/A –EU.

³ Hierbei ist auch die statisch-/konstruktive Bearbeitung des Verbaus vom Auftragnehmer zu übernehmen.

⁴ Bei vorliegender baurechtlicher Genehmigung für die bauliche Anlage.

⁵ VK Münster, Beschluss vom 17. Juli 2013 (ZfBR 2014, 184).

Vergaberechtliche Zulässigkeit der Varianten a) bis d):

Bei den Varianten a) und b) dürfte sich die Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit kaum stellen. Diese Varianten sind gang und gäbe. Es reicht hier aus, wenn die funktionalen Anteile innerhalb des Leistungsverzeichnisses vertretbar oder sinnvoll sind.

Bei Variante c) ist die Rechtslage ähnlich. So hat die Vergabekammer Münster entschieden, dass der Auftraggeber eine Leistung auch teilfunktional beschreiben dürfe, wenn diese Art der Ausschreibung nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig sei. In der Begründung dieser Entscheidung heißt es:

„Bei der hier vorliegenden komplexen Baumaßnahme mit mehreren Gebäuden und einem engen Zeitplan erscheint es grundsätzlich nicht unzweckmäßig oder unverhältnismäßig, wenn eine Vergabestelle keine Detailplanung macht, sondern hier auf die unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten der Bieter Rückgriff nimmt.“¹

Was die Zulässigkeit der Variante d) anbelangt, ist von den gleichen Voraussetzungen auszugehen wie bei § 7c Abs. 1 VOB/A (bzw. § 7c EU Abs. 1 VOB/A). Diese Bestimmung muss bei Teilfunktionalausschreibungen analog angewandt werden.²

Auch hier muss der Auftraggeber darlegen, dass es zweckmäßig ist, teilfunktional auszuschreiben, um die in technischer, wirtschaftlicher, und funktionaler Hinsicht beste Lösung zu ermitteln. Die Gestaltung kann hier jedoch außen vor bleiben, weil diese über die vom Auftraggeber erstellte Entwurfsplanung bereits festgelegt ist. „Zweckmäßig“ bedeutet auch hier, dass sich das vorgenannte Ziele (die beste Lösung) mittels teilfunktionaler Ausschreibung besser erreichen lässt, als über eine konstruktive Ausschreibung. Dazu ist eine umfassende Abwägung der für und gegen die teilfunktionale Ausschreibung sprechenden Aspekte erforderlich.

¹ VK Münster, Beschluss vom 17. Juli 2013 (ZfBR 2014, 184).

Diese Entscheidung ist zwar vom OLG Düsseldorf aufgehoben worden, weil der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine wesentlichen Planungsleistungen (wie die Ausführungsplanung) übertragen wollte. Gegen die Wahl der teilfunktionalen Ausschreibung an sich hatte jedoch auch das OLG Düsseldorf im Entscheidungsfall nichts einzuwenden – lediglich gegen deren Ausgestaltung.

² So etwa Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Teil A/B, 8. Auflage 2022, Randnr. 32 f. zu § 7c VOB/A.

Anhang 1: Rechtsnormen (Wortlaut)

§ 121 GWB – Leistungsbeschreibung

(1) In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie die Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung.

(2) Bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen.

(3) Die Leistungsbeschreibung ist den Vergabeunterlagen beizufügen.

§ 2 VgV – Vergabe von Bauaufträgen

Für die Vergabe von Bauaufträgen sind Abschnitt 1 und Abschnitt 2, Unterabschnitt 2 anzuwenden. Im Übrigen ist Teil A Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2) anzuwenden.

§ 7c EU VOB/A (entspricht § 7c VOB/A) – Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

(1) Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von § 7b EU Absatz 1 zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.

(2) ...

Anhang 1

§ 97 Abs. 4 GWB – Grundsätze der Vergabe (entspricht § 5 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A)

Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.

§ 5 Abs. 2 VOB/A – Vergabe nach Losen, einheitliche Vergabe

Bauleistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Bei der Vergabe kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden

Anhang 2: Wesentliche Komponenten des Leistungsprogramms nach Anhang 9 des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB-Bund)

Angaben des Auftraggebers für die Ausführung	
Beschreibung des Bauwerks/der Teile des Bauwerks	
Allgemeine Beschreibung des Leistungsgegenstandes	Art, Zweck und Lage
Beschreibung der örtlichen Gegebenheiten	Klimazone, Baugrund, Zufahrtswege, Anschlüsse, Versorgungseinrichtungen
Beschreibung der Anforderungen an die Leistung	
Flächen- und Raumprogramm	Größenangaben, Nutz- und Nebenflächen, Zuordnungen, Orientierung
Art der Nutzung	Funktion, Betriebsabläufe, Beanspruchung
Konstruktion: ggf. bestimmte grundsätzliche Forderungen	Stahl oder Stahlbeton, statisches System
Einzelangaben zur Ausführung	Rastermaße, zulässige Toleranzen, Flexibilität Tragfähigkeit, Belastbarkeit, Akustik (Schallerzeugung, -dämmung, -dämpfung) Klima (Wärmedämmung, Heizung, Lüftungs- und Klimatechnik) Licht- und Installationstechnik, Aufzüge, hygienische Anforderungen besondere physikalische Anforderungen (Elastizität, Rutschfestigkeit) sonstige Eigenschaften und Qualitätsmerkmale vorgeschriebene Baustoffe und Bauteile Anforderungen an die Gestaltung (Dachform, Fassadengestaltung, Farbgebung, Formgebung)
Abgrenzung zu Vor- und Folgeleistungen	
Normen oder etwaige Richtlinien der nutzenden Verwaltung, die zusätzlich zu beachten sind	
öffentlich-rechtliche Anforderungen	spezielle planungsrechtliche, bauordnungsrechtliche, wasser- oder gewerberechtliche Bestimmungen oder Auflagen

Unterlagen, die der Auftraggeber zur Verfügung stellt	
Beigefügte Anlagen	z.B. Raumprogramm, Pläne, Erläuterungsberichte, Baugrundgutachten, besondere Richtlinien der nutzenden Verwaltung
Die mit der Ausführung von Vor- und Folgeleistungen beauftragten Unternehmer sind zu benennen	
Die Einzelheiten über deren Leistungen sind anzugeben, soweit sie für die Angebotsbearbeitung und die Ausführung von Bedeutung sind	z.B. – Belastbarkeit der vorhandenen Konstruktionen – Baufristen – Vorhaltung von Gerüsten und Versorgungseinrichtungen

Ergänzende Angaben des Bieters	
Soweit im Einzelfall erforderlich, kann der Bieter z.B. zur Abgabe folgender Erklärungen oder zur Einreichung folgender Unterlagen aufgefordert werden	Angaben zur Baustelleneinrichtung, z.B. Platzbedarf, Art der Fertigung – Angaben über eine für die Bauausführung erforderliche Mitwirkung oder Zustimmung des Auftraggebers – Baufristenplan, u. U. auch weitere Pläne abweichend von der vorgeschriebenen Bauzeit – Zahlungsplan, wenn die Bestimmung der Zahlungsbedingungen dem Bieter überlassen werden soll – Erklärung, dass und wie die nach dem öffentlichen Recht erforderlichen Genehmigungen usw. beigebracht werden können – Wirtschaftlichkeitsberechnung unter Einbeziehung der Folgekosten, unterteilt in Betriebskosten und Unterhaltungskosten, soweit im Einzelfall erforderlich.