



von Dr. Daniela Hattenhauer und Kirstin Klein

Beschaffungsnotfall - ohne Abstriche gelöst

Muss kurzfristig ein Dienstleister ersetzt werden, stellen Zeitknappheit und Qualitätsanforderung an den Auftragnehmer nicht die einzigen Herausforderungen dar: Alles muss vergaberechtlich einwandfrei organisiert werden.

Nicht nur gesellschaftsrechtliche Public-Private-Partnership-Lösungen, bei denen eine Kommune beispielsweise gemeinsam mit einem privaten Partner aus der Facility-Management-Branche eine Gesellschaft gründet (vergleichen Sie hierzu Hattenhauer/Heckmann, Finanzieren bei PPP für Facility Management, Kommunalleasing Magazin Extra 6/2008, Seite 3 ff) bieten Instrumentarien für die Beschaffung optimierter Leistungen bei gleichzeitiger innovativer Finanzierung. Auch ohne Gesellschaftsgründung kann ein privater Dienstleister mit Aufgaben des Facility Managements (FM) betraut werden. Dies ist eine Möglichkeit zur Optimierung der zu beschaffenden Leistungen und ihrer Finanzierung dar, welche gerade in Zeiten der Finanzkrise nicht ungenutzt bleiben sollte.

Bei der Durchführung der Fremdbeauftragung sollten – unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften – alle bestehenden Möglichkeiten ausgelotet werden, um die Anforderungen des kommunalen Auftraggebers optimal umzusetzen. Insbesondere Anforderungen an die zeitliche Durchführung der Beschaffung, die Qualität der zu beschaffenden Leistungen und die – finanzierungstechnisch bedeutsame - Regelung der Vergütung können nur verwirklicht werden, wenn die vergaberechtlichen Spielräume genutzt werden.

Unser im Folgenden beschriebenes Praxisbeispiel, bei dem die Beauftragung von Leistungen des Facility Managements an einen privaten Fremddienstleister unter Beachtung aller Anforderungen umgesetzt wurde, zeigt, wie ein zeitlicher „Beschaffungs-Notfall“

ohne Abstriche bei der Qualität der Leistungserbringung individuell gelöst werden konnte.

Praxisbeispiel

Öffentlicher Auftraggeber war in diesem Fall eine Zusatzversorgungskasse, die zur Finanzierung ihrer kapitalgedeckten Versicherungsprodukte einen Teil ihres Kapitalvermögens in Immobilien angelegt hat. Für das aus Gewerbe- und Wohnimmobilien bestehende Portfolio werden durch externe Dienstleister Hausverwaltungsleistungen erbracht. Diese umfassen neben Leistungen des technischen FM (wie bautechnische Betreuung mit Kontrolle des baulichen Zustands, Beauftragung und Überwachung von Bauunterhaltungsmaßnahmen, Modernisierungen, Um- oder Erweiterungsbauten) auch umfangreiche kaufmännische FM-Leistungen wie

das Mietvertragsmanagement und das Mahnwesen.

Einer der externen Dienstleister verletzte seine vertraglichen Pflichten der bautechnischen Betreuung derart, dass die Zusatzversorgungskasse gezwungen war, den Vertrag zu kündigen, um Gefahren für Leib und Leben der Mieter zu verhindern. Hieraus ergab sich die Notwendigkeit, die Hausverwaltungsleistungen für die bisher durch den Dienstleister betreuten Mietobjekte nunmehr so kurzfristig anderweitig zu beauftragen, dass die Leistungserbringung Übergangslos sichergestellt sein würde. Andernfalls würde die Zusatzversorgungskasse Gefahr laufen, die ihr gegenüber den Mietern obliegenden bautechnischen Verkehrssicherungspflichten zu verletzen.

Für die Beauftragung der nach der Kündigung vakanten Leistungen stellte sich damit zunächst die Aufgabe, sowohl den sofortigen Not- als auch den langfristigen Bedarf vergaberechtskonform zu decken.

Zeitliche Gesichtspunkte

Die Vergabe von Hausverwaltungsleistungen durch einen öffentlichen Auftraggeber ist als Dienstleistungsauftrag im Sinne von Paragraph 99 Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterworfen. Das bedeutet, dass die Leistungen gemäß Paragraph 100 Absatz 1, Paragraph 127 GWB in Verbindung mit den Paragraphen 1 und 2 Nr. 3, 4 Absatz 1 Satz 1 der Vergabeordnung (VgV) grundsätzlich nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) ausschreibungspflichtig sind, wenn und soweit der geschätzte Auftragswert des Hausverwaltungsvertrages den maßgeblichen Schwellenwert von 206.000 Euro erreicht oder überschreitet. Für die Schätzung der Auftragswerte be-

stimmt Paragraph 3 Absatz 3 Satz 3 VgV, dass bei unbefristeten Verträgen oder bei nicht absehbarer Vertragsdauer der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 zu ermitteln ist. Dementsprechend war in unserem Praxisbeispiel kalkulierbar, dass bereits das Entgelt für wenige Monate Vertragslaufzeit den Schwellenwert erreichen und die Ausschreibungspflicht auslösen würde.

Dennoch war eine vergaberechtskonforme Verfahrensgestaltung möglich, welche gleichzeitig den praktischen Anforderungen Rechnung trug: Zur langfristigen Beauftragung der Hausverwaltungsleistungen wurde in kürzestmöglicher Zeit ein offenes Verfahren nach Paragraph 3 a Nr. 1 Absatz 1 VOL/A durchgeführt.

Einzelne, während der auf ein Mindestmaß verringerten Laufzeit dieses Verfahrens unaufschiebbaren Hausverwaltungsleistungen - insbesondere Instandhaltungsleistungen zur Erfüllung der bautechnischen Verkehrssicherungspflichten und die Umsetzung anstehender Mieterwechsel - konnten freihändig an einen derjenigen externen Dienstleister vergeben werden, die bereits einen anderen Teil des Immobilienbestandes betreuten.

Diese interimswise Beauftragung einzelner Leistungen war - da im Auftragsvolumen unterhalb des Schwellenwertes und damit vom GWB nicht erfasst - freihändig zulässig, da es sich hierbei um einen separaten, inhaltlich von der langfristigen Beauftragung der kompletten Hausverwaltungsleistungen verschiedenen Auftrag handelte. Denn die langfristige Übernahme eines größeren Immobilienbestandes durch einen Facility Manager bedeutet einen erheblichen praktischen Aufwand - beispielsweise durch die Notwendigkeit der EDV-Erfassung aller Wohnungen und Gewerbeeinheiten, der Eröffnung eines Mieterkontos und Mitteilung der

Kontoinformationen an jeden Mieter, der Mitteilung der neuen Rechnungsanschrift an sämtliche Lieferanten und Dienstleister oder der Begehung sämtlicher Mietobjekte für die bautechnische Übernahme. Eine solche langfristige Übernahme ist für den Facility Manager jedoch erst ab einer Vertragslaufzeit von rund einem Jahr wirtschaftlich sinnvoll und wurde hier daher für die Interimszeit nicht vollzogen.

Bemerkenswert an der Verfahrensgestaltung ist vor allem, dass hier zur langfristigen Beauftragung der Hausverwaltungsleistungen ein offenes Verfahren vorzuziehen war, obwohl wegen zwingender Dringlichkeit auch der Ausnahmetatbestand des Paragraph 3 a Nr. 2 lit. d) VOL/A vorlag und damit ein in der Hierarchie der Verfahrensarten spezielleres Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung zulässig war.

Zwar gilt das Verhandlungsverfahren zu Recht als die grundsätzlich flexiblere Verfahrenart, die dem öffentlichen Auftraggeber mehr Freiräume lässt. Hier aber konnte nur durch freiwillige Wahl eines offenen Verfahrens eine langfristige Vergabe der Hausverwaltungsleistungen erreicht werden. Denn die zwingende Dringlichkeit, die nach Paragraph 3 a Nr. 2 lit. d) VOL/A ein ausnahmsweises Verhandlungsverfahren begründet, ist zugleich bei der Bestimmung des Auftragsgegenstandes für das Verhandlungsverfahren zu beachten. Dies gilt insbesondere für die maximal zulässige Vertragsdauer und bedeutet, dass der so vergebene Vertrag grundsätzlich auch nur so lange laufen darf, wie es zur Beseitigung der Dringlichkeit erforderlich ist - bei Hausverwaltungsleistungen maximal rund ein Jahr.

Qualitätskriterien

Trotz der auf das zeitliche Minimum begrenzten Verfahrensgestaltung konnte sichergestellt werden,

dass die zu beschaffenden Hausverwaltungsleistungen die vom Auftraggeber gewünschte hohe Qualität haben. Hierzu waren Qualitätsgesichtspunkte mit entsprechend hoher Gewichtung in die Angebotsbewertung einzubeziehen.

Die Angebotsbewertung im offenen Verfahren erfolgt nach den Paragraphen 25 a und 25 VOL/A in vier Stufen, die nacheinander zu durchlaufen sind. Zunächst erfolgt die formale Prüfung auf Ausschlussgründe (erste Stufe), sodann die Eignungsprüfung (zweite Stufe), die preisliche Angemessenheitsprüfung (dritte Stufe) und schließlich die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot anhand der Zuschlagskriterien (vierte Stufe). Sollen – wie hier – bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auf der vierten Stufe neben dem Preis auch Qualitätsgesichtspunkte bewertet werden, so sind diese im offenen Verfahren den Bietern zusammen mit den übrigen Zuschlagskriterien und der Gewichtung bereits in der Bekanntmachung, spätestens aber in den Vergabeunterlagen nachvollziehbar erläutert mitzuteilen.

Welche Kriterien in welcher Stufe?

Insbesondere bei der Formulierung von qualitätsbezogenen Zuschlagskriterien in Bezug auf Hausverwaltungsleistungen kann

der Wunsch aufkommen, Merkmale wie die Qualifikation des Personals und die Leistungsstärke des Unternehmens in der Angebotsbewertung auf der vierten Stufe zu berücksichtigen. Hierbei ist jedoch Vorsicht geboten.

Denn da die Eignungsprüfung (zweite Stufe) und der Zuschlag (vierte Stufe) unterschiedlichen Regeln unterliegen, dürfen bei der den Zuschlag betreffenden Entscheidung nur Kriterien zur Anwendung kommen, die der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots dienen. Daraus wird in der Rechtsprechung des EuGH und der deutschen Vergabenausschüsse der Schluss gezogen, dass bei der Zuschlagsentscheidung auf der vierten Stufe eine nochmalige Anwendung von Eignungskriterien prinzipiell ausgeschlossen ist („kein Mehr an Eignung“).

Konkret bedeutete dies in unserem Praxisbeispiel, dass zwar nicht abstrakt die Qualifikation des bei dem Bieter beschäftigten Personals – da ihrer Art nach ein typisches Eignungskriterium - zum Zuschlagskriterium gemacht, wohl aber die Qualität eines von den Bietern mit ihrem Angebot vorzulegenden Personalkonzeptes gewertet werden durfte, in dem unter anderem angegeben war, wie viele Mitarbeiter mit welcher Qualifikation und Berufserfahrung und welcher Arbeitsstundenzahl mit dem

zu vergebenden Auftrag betraut werden sollten.

Desweiteren durften gleichfalls vom Bieter vorzulegende Konzepte für die Organisation und das Qualitätsmanagement sowie für den Ablauf der Übernahme des Verwaltungsbestandes auf der vierten Stufe gewertet werden. Für sämtliche Konzepte waren den Bietern in den Vergabeunterlagen zuvor konkrete Hinweise dazu gegeben worden, welche inhaltlichen Angaben in den Konzepten zu machen waren.

Vergütung ohne Schema

Besonderes Augenmerk ist für die Umsetzung der Anforderungen des kommunalen Auftraggebers – insbesondere im Hinblick auf Finanzierungsgesichtspunkte - auf die Gestaltung des Vertrages zu richten. Der Vertrag kommt mit Zuschlagserteilung an den obsiegenden Bieter zustande, ohne dass es hierfür noch gesonderter Willenserklärungen und/oder der Unterzeichnung einer Vertragsurkunde durch den Auftraggeber und den obsiegenden Bieter bedürfte. Der Vertragstext ist den Bietern im offenen Verfahren bereits mit den Vergabeunterlagen bekannt zu geben und kann danach nicht mehr verändert werden.

Inhaltlich ist durch die Formulierung des Vertragstextes insbesondere sicherzustellen, dass der obsiegende Bieter zur Einhaltung der in seinem Angebot gemachten Angaben verpflichtet wird. Das gilt auch für die Einhaltung der mit dem Angebot abgegebenen Konzepte.

Bei der Vergabe von Hausverwaltungsleistungen ist zudem die Ausgestaltung der Vergütungsregelung ein wichtiges Instrument, um den Interessen des Auftraggebers Geltung zu verschaffen – insbesondere auch zur Optimierung der Finanzierung:





Würde das Entgelt für die Hausverwaltungsleistungen – wie insbesondere bei Wohnungsverwaltung verbreitet üblich – in einem pauschalen Betrag pro zu verwaltender Immobilieneinheit bemessen, so kann dies aus Auftraggebersicht mehrere Nachteile haben. Zum einen bestünde dann die Notwendigkeit, in dem Vertrag eine Wertsicherungsklausel aufzunehmen, um einer längeren Vertragslaufzeit Rechnung zu tragen. Zum anderen setzt ein pauschales Entgelt pro zu verwaltender Einheit keinen Anreiz für den Auftragnehmer, die Mieten der zu verwaltenden Immobilieneinheiten – im Rahmen des mietrechtlich Zulässigen – zu erhöhen.

Eine solche Erhöhung liegt jedoch zumindest dann im Interesse des Auftraggebers, wenn dieser zu gewerblichen Zwecken vermietet und das Mietvertragsmanagement im Rahmen der Hausverwaltungsleistungen mit vergibt. In diesem Fall empfiehlt sich die vertragliche Gestaltung des Entgelts für die Hausverwaltungsleistungen als Prozentsatz der aus dem zu verwaltenden Bestand erzielbaren oder erzielten Mieten. Dadurch wird zum einen eine gesonderte Wertsicherungsklausel obsolet, da die Mieten selber preisangepasst werden. Zum anderen werden dem Auftragnehmer so Anreize für das Mietvertragsmanagement gesetzt.

Entgelt klug gestalten

Eine Variante der Gestaltung des Entgelts als Prozentsatz der Summe der Mieten aus dem zu verwaltenden Bestand besteht darin, an die Netto-Sollmiete, das heißt, die Summe der für den zu verwaltenden Bestand nach den Mietverträgen festgeschriebenen und erzielbaren Mieten – anzuknüpfen. In dem Fall hat der Auftragnehmer jedoch einen Anspruch auf das Entgelt auch für diejenigen Mietobjekte, die leer stehen oder bei denen die Miete beim Mieter nicht einbringlich ist.

Vorteilhafter ist es daher für den Auftraggeber normalerweise, wenn in der Vergütungsregelung nicht an die Netto-Sollmiete, sondern an die tatsächlich erzielte, vereinbarte Miete angeknüpft wird. Dies gilt insbesondere, wenn dem Auftragnehmer im Rahmen der Hausverwaltungsleistungen auch das Leerstandsmanagement/die Wiedervermietung und das Mahnwesen/Inkasso für die Mieten überträgt, da so entsprechende Anreize für die Leistungserbringung gesetzt werden. In allen Fällen der Gestaltung der Vergütung als Prozentsatz der Miete muss der Auftraggeber bereits in den Vergabeunterlagen die Summe der Mieten zum Ausschreibungsstichtag als Bezugsgröße angeben, damit die Bieter entsprechend kalkulieren und in ihren Angeboten einen Prozentsatz als Entgelt für die Hausverwaltungsleistungen angeben können.

Wünscht der Auftragnehmer – wie in unserem Praxisbeispiel infolge der Finanzierungsanforderungen für die kapitalgedeckten Versicherungsprodukte der Zusatzversorgungskasse – Flexibilität für die Veränderung seines Immobilienportfolios durch An- und Verkauf, so funktioniert die Vergütung über einen Prozentsatz der Mietsumme ohne weiteres jeweils für den aktuellen Bestand, ohne dass es insoweit einer Vertragsanpassung bedürfte.

In den Vergabeunterlagen und Vertragstext ist jedoch, um die Notwendigkeit einer Vertragsanpassung in Bezug auf den Leistungsumfang bei jeder Bestandsveränderung zu vermeiden, entsprechend klarzustellen, dass die Hausverwaltungsleistungen jeweils für den aktuellen, aber veränderbaren Bestand zu erbringen sind. Dies kann im Vertragstext etwa durch Bezugnahme auf eine

Objektliste als Anlage zum Vertrag geschehen, in der die jeweils durch den Auftragnehmer zu verwaltenden Objekte geführt werden.

Fazit: Spielräume nutzen

Die Beauftragung von FM-Leistungen an Fremddienstleister im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts ist ein brauchbares Instrumentarium für die Beschaffung bestmöglicher Leistungen bei gleichzeitiger innovativer Finanzierung. Die vergaberechtlichen Vorschriften bieten zahlreiche Spielräume, um die individuellen Anforderungen des kommunalen Auftraggebers zu verwirklichen. Dies gilt auch bei „Beschaffungsnotfällen“, wie unser Praxisbeispiel für den Fall einer zeitlichen Dringlichkeit zeigt.

Die Umsetzung der individuellen Anforderungen beginnt bereits bei der Wahl der Verfahrensart. Sie kann im Einzelfall dazu führen, dass eine gemeinhin als vergleichsweise „unattraktiv“ beurteilte Verfahrensart – wie das offene Verfahren – einem ebenfalls zulässigen Verhandlungsverfahren vorzuziehen ist.

Die Berücksichtigung von Qualitätskriterien in der Angebotswertung und die Finanzierungsgesichtspunkten Rechnung tragende vertragliche Ausgestaltung der Vergütungsregelung sind weitere Schwerpunkte bei der Umsetzung von Auftraggeberinteressen bei der Beschaffung von Hausverwaltungsleistungen. ■

Autorinnen

Dr. Daniela Hattenhauer und Kirstin Klein sind Fachanwältinnen der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek.