Die Vergabe geistiger Leistungen

im Spannungsfeld zwischen Qualität, Objektivierbarkeit und Vertrauen

Georg-Michael Vavrovsky

Vorbemerkungen

An den Beginn meiner folgenden Betrachtungen möchte ich eine provokante, aber im Kern wohl zutreffende Aussage stellen:

Ein Auftraggeber bekommt in der Regel nicht mehr als er bestellt, er bestellt meist nicht mehr als das, wovon er etwas versteht und er versteht oft nur das, was er von seiner Erfahrung her kennt.

Die Erfahrung des Auftraggebers, sein Vermögen, das Wesen und den Wert eines bestimmten Qualitätsniveaus – vereinfachend oft als Qualität bezeichnet – zu erkennen und den Weg dorthin zu weisen, sollte daher auch den Bestellvorgang der Leistung sowie die Auswahl des bestgeeigneten Bieters maßgeblich bestimmen. Denn von der Art und der Form dieses Vergabevorganges hängt es letztlich ab, ob der Qualität überhaupt eine Chance geboten wird, entstehen und sich entfalten zu können. Gelingen kann eine qualifizierte Bestbietervergabe jedoch nur dann, wenn dem sachkundigen Auftraggeber auch ein innovativer Handlungsspielraum hiefür zur Verfügung steht. Die Möglichkeit, diesen im Interesse der Projektoptimierung entsprechend zu gestalten, wird ihm jedoch durch die zunehmend einengende Zwangsjacke des öffentlichen Vergaberechts genommen.

Bestbieterermittlung – ein Zufallsgenerator ?

EU - rechtliche Vorgaben sind hiebei den aktuellen europaweiten Marktinteressen verpflichtet. Sie versuchen daher, einen objektivierbaren Wettbewerb auch dort zu etablieren, wo aus sachlichen Gründen die notwendige Basis für einen solchen *de facto* nicht gegeben ist. Dieses Dilemma führt sehr häufig zu Wettbewerben, die zwar transparent sein mögen, jedoch alles andere als effizient und objektivierbar sind.

Nationale Gesetzte und Verordnungen einzelner Mitgliedsstaaten versuchen, diesen Zwiespalt zwischen theoretischem Anspruch und realen Möglichkeiten zu verringern. In diesem Bemühen geben sie vereinzelt sogar verbindliche Quantifizierungsmodelle zur Ermittlung des Bestbieters vor. Der Ausschreibende wird dadurch in die Lage versetzt, sich auf derartige Vorgaben abzustützen und vermag sich vor inhaltlichen Fragen nach der Sachlichkeit dieses Vorgehens geschützt sehen. Doch sind komplexe Großprojekte mit all ihren Herausforderungen tatsächlich ein taugliches Exerzierfeld für formale Absicherungen? Denn die berechtigten Fragen nach der sachlichen Objektivierbarkeit von Angeboten bleiben ja im Raum bestehen und sollten daher auch einer qualifizierten Analyse nicht entzogen werden.

Bei dem für den Brenner–Basistunnel vorgegebenen Bestbietermodell sind Qualitätsunterschiede mittels paarweisem Vergleich der Bieter in einem ***ordinalen Relativsystem*** zu ermitteln. Die Bewertung der Angebotspreise hingegen hat in einem ***monetär unterlegten Absolutsystem*** zu erfolgen. In einem System, welches zudem von den Bietern selbst über den Mittelpreis ihrer Angebote skaliert wird. Die Frage ist zulässig, ob ein derartiges Bewertungsmodell einen sachgemäßen Gesamtvergleich der Angebote überhaupt zulässt, ob es in der Lage ist, die vergaberechtlich gebotene Gleichbehandlung durch Sicherstellung der erforderlichen Äquivalenz - Beziehung zwischen den Einzelkriterien zu gewährleisten. Mit vereinfachten Worten stellt sich die Frage, ob eine Prüfkommission bei diesem Bewertungsmodell überhaupt in der Lage ist, einschätzen zu können, welcher monetäre Gegenwert einer unterschiedlichen Qualitätsbewertung gegenübersteht. Es gibt hiefür schlicht kein einheitliches Bezugssystem der Einzelkriterien und keinen im Vorhinein skalierten Maßstab. Eine sachgerechte Verknüpfung gewichteter Kriterien erfordert aber ohne jede Einschränkung ein einheitliches Bezugssystem und im Vorhinein bekannte Maßstäbe.

War es also ein Zufallsgenerator, den der Verordnungsgeber vor Augen hatte, als er die Bestbieterermittlung zu regulieren trachtete? Konnte ein solcher überhaupt sein Anliegen gewesen sein, als er der Qualität ein entsprechendes Gewicht bei der Vergabe geistiger Leistungen einräumen wollte?

Was ist unter Qualität zu verstehen ?

Doch was ist überhaupt Qualität? Qualität besteht im Allgemeinen darin, klar beschriebene Vorgaben bestmöglich zu erfüllen. Dazu bedarf es einer hinlänglichen Beschreibbarkeit der Vorgaben und eines eindeutigen Maßstabes zur Ermittlung des jeweiligen Erfüllungsgrads. Das Gesetz spricht von **Funktionsanforderungen**, zu welchen sowohl die Zielsetzungen im Sinne zu verfolgender Wege als auch das Anspruchsniveau der bedungenen Leistungsergebnisse im Sinne eines zu erreichenden Zieles zählen. Wo diese Voraussetzungen fehlen oder nur teilweise erfüllbar sind, ist es aber wohl zutreffender, nicht von Vorgaben zu reden, sondern von Erwartungen, die ein Auftraggeber an das Produkt der geistigen Leistung stellt. Erwartungen detailgetreu niederzuschreiben, sodass alle Wettbewerbsteilnehmer darüber das gleiche Bild, die gleiche Vorstellung haben, würde aber bedeuten, den Einsatzwillen und die Leistungsbereitschaft, die beruflichen und persönlichen Lebenserfahrungen, das fachliche Wissen und das kreative Denken eindeutig formulieren und festschreiben zu können. Es würde auch bedeuten, das qualitative Leistungsziel, welches sich vielfach erst im Zuge der Leistungserbringung zu erkennen gibt, vorab eindeutig beschreiben zu können und es würde bedeuten, den hypothetischen Wert der jeweiligen Leistungsergebnisse kennen und vergleichen zu können. Dies zu einem Zeitpunkt, an welchem für einen Angebotsvergleich nur vage Prognosen und undifferenzierte Versprechungen vorliegen.

Angesichts der objektiven Unerfüllbarkeit dieser Aufgabe stellt sich die Frage, ob derartige Erwartungen als Vorgaben im Sinne der Definition eines Anspruchsniveaus überhaupt dienlich sein können, welchem Beurteilungsmaßstab sie unterliegen und wie man den Erfüllungsgrad zwischen versprochener Leistung und vorab nicht eindeutig definierbarer Erwartungshaltung messen kann. Wie stellt man darüber hinaus sicher, jene Qualität im Sinne eines im Vorhinein definierten Anspruchsniveaus zu bekommen, die man versprochen glaubte oder erwartet hat? Wenn nun eine hinlängliche Beschreibung von Erwartungen ex ante gar nicht möglich ist, kann dann die Qualität im Sinne des Erfüllens von Erwartungen überhaupt

ein Zuschlagskriterium für geistige Leistungen sein? Denn Zuschlagskriterien müssen eindeutig beschreibbar und sachgerecht objektivierbar sein. Bleibt für den angestrebten Wettbewerb also nur der Preis für eine nicht hinlänglich definierbare Leistung? Oder sind wir gezwungen, uns gänzlich neue Fragen hinsichtlich eines geeigneten Wettbewerbes für derartige Leistungen zu stellen?

Bevor ich auf diese Frage näher eingehe, möchte ich nicht nur die Seite des Auftraggebers betrachten, der Erwartungen hegt, sondern auch jene des Auftragnehmers, der ein Angebot legt. Was ist nun eigentlich ein Angebot? Der Gesetzgeber in Österreich legt hiezu folgendes fest:

"Ein Angebot ist die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen".

Eine Erklärung, etwas tun zu wollen ist im Grunde ein Versprechen. Doch was ist ein Versprechen wert, wenn dessen Inhalt unbestimmt bleibt? Daher setzt ein Angebot auch eine bestimmte Leistung unter festgelegten Bedingungen voraus. Bei geistigen Leistungen ist aber bestenfalls die Aufgabe hinlänglich beschreibbar, nicht jedoch das Qualitätsniveau des Leistungsprodukts selbst. Denn wo bleiben die exakten Vorgaben, wo bleibt die detaillierte Beschreibung der vorhin erwähnten Erwartungen, die an die Leistungserbringung und das Leistungsprodukt gestellt werden? Wo bleibt deren Beurteilungsmaßstab und wo deren Messbarkeit? Eine Aufgabe ist ja auf vielfältige Art und Weise und fast zu jedem Preis erfüllbar, doch bekommt der Auftraggeber in der Regel nur das, was er hinreichend beschrieben und nicht das, was er letztlich benötigt und sich tatsächlich erwartet hätte.

Aufgrund der relativen Unbestimmtheit der Vorgaben muss der elementare Wesensinhalt jenes Angebotes, das der Bieter abgibt, dessen Versprechen sein, eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistung erbringen zu wollen. Dabei gilt es sowohl die beschriebenen Zielsetzungen des Auftraggebers nach besten Kräften zu verfolgen als auch seine vorab nicht hinlänglich beschreibbaren Erwartungen an den Wert des Leistungsproduktes bestmöglich zu erfüllen. Ein derartiges Angebot ist aber in Wahrheit nicht mehr als eine **Bemühungszusage,** ein Versprechen mit unbestimmtem Inhalt. Was als Succus dieser Betrachtungen bleibt, ist die Erkenntnis, dass ein Angebot jenseits des vorab Beschreibbaren im Grunde nicht mehr enthält, als das Versprechen eines Bieters, die Erwartungen des Auftraggebers bestmöglich

erfüllen zu wollen. Ihn in seinem Anliegen einer professionellen Projektabwicklung bestmöglich unterstützen zu wollen, ihn, wie man so schön sagt, fachlich zufrieden stellen zu wollen. Zufriedenheit entströmt, wie wir alle wissen, erfüllten Erwartungen. Wer aber keine bzw. nur geringe Erwartungen hat oder gar nicht imstande ist, qualitätssteigernde Ansprüche im Zuge der Leistungserbringung zu artikulieren und deren Erfüllung auch einzufordern, wird auf den Inhalt von Versprechungen wenig Wert legen und wird auch mit Wenigem rasch zufrieden zu stellen sein.

Die Annahme eines unangemessen niedrigen Honorars ist daher auch nicht Ausdruck wirtschaftlichen Handelns, sondern unbewusstes Eingeständnis mangelnder Erwartungshaltung, ohne welche sich Qualität geistiger Leistungen nicht entfalten kann. Das Maß der Erwartungshaltung und die Fähigkeit, ein hohes Leistungsniveau auch einfordern zu können, ist daher auch bestimmendes Kriterium für die Höhe einer sachgerechten Vergütung. Das bedeutet aber im Umkehrschluss, dass die Qualität derartiger Leistungen nicht losgelöst vom Besteller selbst gesehen werden kann. Denn es ist Sache des Auftraggebers, der Qualität im Zuge des Vergabeverfahrens eine Chance zu geben und während der Leistungserbringung dafür Sorge zu tragen, dass sich Qualität auch entwickeln und entfalten kann. Es gilt im Vergabeverfahren jenes Angebot auszuwählen, welches am ehesten Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserbringung bietet. Und es gilt im Zuge der Vertragsabwicklung die Erwartungshaltung klar zu formulieren und deren Erfüllung auch nachdrücklich einzufordern. Der Wert einer geistigen Leistung wird somit nicht nur durch die Erfüllung des beschriebenen und damit geschuldeten Leistungssolls bestimmt, sondern hängt ganz wesentlich davon ab, ob es den beiden Vertragspartnern gemeinsam gelingt, bestmögliche Leistungsergebnisse jenseits des vorab Beschreibbaren erzielen und sicherzustellen zu können.

Ich habe vorhin die provokante Frage gestellt, ob angesichts der Tatsache, dass Erwartungen im Sinne von Vorgaben im Voraus nicht hinlänglich beschreibbar sind wie auch unverbindliche Versprechungen nicht hinlänglich objektivierbar sind, ob angesichts dieser Randbedingungen die Qualität, treffender eigentlich die Qualitätsprognose, überhaupt ein Zuschlagskriterium sein kann. Es stellt sich die Frage, ob die Qualität und was immer wir darunter subsummieren wollen, nicht eher ein unzulängliches Ersatzkriterium ist. Ein Ersatzkriterium, welches wir eingeführt haben, um dem Dilemma mangelnder Grundlagen für einen entsprechenden Wettbewerb entkommen zu können. Doch nach welchen Kriterien sollte

die Auswahl des Bestbieters denn geschehen, wenn die Qualität des prognostizierten Leistungsproduktes mangels hinreichender Objektivierbarkeit als Beurteilungskriterium nicht mehr zur Verfügung stünde? Etwa ausschließlich nach dem Preis für einen versprochenen Gegenwert, der vom Bieter weitgehend selbst gestaltet werden kann und dessen Inhalt bis zur tatsächlichen Leistungserbringung verborgen bleibt?

Über die Objektivierbarkeit des Unbestimmten

Das Problem, das sich heute einem öffentlichen Auftraggeber stellt, der mit Weitblick und Verantwortungsbewusstsein an diese Aufgabe herangehen will, führt unweigerlich zu den Grundsätzen des Vergabewesens, die letztlich in den einschlägigen EU-Richtlinien festgelegt sind.

Der Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs sowie die gebotene Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter geht von der fundamentalen Voraussetzung aus, dass der zu vergebende Leistungsgegenstand nach Inhalt, Umfang und Qualität eindeutig und vollständig beschreibbar, also objektivierbar ist, sodass sich jeder Wettbewerbsteilnehmer zum Zeitpunkt der Angebotslegung hiervon ein bestimmtes, objektiv feststehendes Bild machen kann. Da dies offensichtlich nicht für jegliche Art von Leistungen möglich ist, meinte man, durch Bestbietermodelle im Rahmen von Verhandlungsverfahren entsprechend Abhilfe schaffen zu können. Durch ein Verfahren also, in welchem über den gesamten Auftragsinhalt mit einem oder mehreren Bietern verhandelt werden kann und die Angebote mittels Qualitätsprognosen miteinander vergleichbar gemacht werden sollten. Doch auch bei derartigen Vergabeverfahren bleibt zum Zeitpunkt des Zuschlags der Wesenskern noch unbestimmt. Denn auch nach noch so vielen Verhandlungen ist nicht zu vermeiden, dass den nicht hinlänglich beschreibbaren Erwartungshaltungen ein Leistungsversprechen mit nicht hinlänglich festgelegtem Inhalt gegenübersteht.

Unter derartigen Rahmenbedingungen, bei denen das Wettbewerbsergebnis, der Angebotsinhalt also, vorab nicht eindeutig fixierbar ist, macht ein Wettbewerb, wie er für prioritäre Dienstleistungen derzeit vorgesehen ist, im Grunde keinen sachlichen Sinn. Eine Lösung dieses Problems könnte nur dann gefunden werden, wenn auf EU-Ebene erkannt und dekretiert wird, dass geistige Leistungen mangels nötiger Voraussetzungen dem Vergabe- und

Wettbewerbsregime prioritärer Dienstleistungen nicht unterworfen werden können. Von einer derartigen Erkenntnis und Willensbildung sind wir allerdings noch weit entfernt. Wir werden daher auch hinkünftig gezwungen sein, Bestbietermodelle zu generieren, die allesamt berechtigte Fragen aufwerfen und befriedigende Antworten schuldig bleiben werden.

Erwartungen nehmen Zuflucht zum Vertrauen

Was weithin verkannt wird, wenn vom Wettbewerb bei geistigen Leistungen gesprochen wird, ist der Umstand, dass der echte Leistungswettbewerb bei derartigen Leistungen aufgrund der fehlenden Voraussetzungen im Sinne der eindeutigen Beschreibbarkeit des Angebotsinhalts nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens sondern in der Phase der Leistungserbringung stattfindet. Also dort, wo gezeigt werden muss, was ein Unternehmer zu leisten vermag und auch zu leisten bereit ist. Um daraus gewonnene Wettbewerbsvorteile lukrieren zu können, um den erbrachten Einsatz belohnt zu bekommen, müsste aber das damit gewonnene Vertrauen des Auftraggebers in den Leistungswillen und das Leistungsvermögen des Auftragnehmers als eines der wesentlichen Zuschlagskriterien zum Einsatz kommen können. Aus rechtlicher Sicht ist dies zwecks Vermeidung möglicher Diskriminierungen im derzeitigen Vergaberegime nicht zulässig, aus sachlicher Sicht aber ist die Nichtzulassung dieses Kriteriums eine der stärksten Diskriminierungen überhaupt. Sie diskriminiert nämlich all jene, die sich im Zuge der Leistungserbringung bemühen, die Erwartungen ihrer Auftraggeber bestmöglich zu erfüllen und in diesem Sinne höchstmögliche Qualität zu produzieren. Aus diesen Gründen müsste dem auf Erfahrung basierenden Vertrauen in das erfolgreiche Bemühen der Bieter eine wesentliche Bedeutung im Rahmen der Bestbieterermittlung zugemessen werden.

Dies sei anhand von Betrachtungen des Kirchenphilosophen Augustinus untermauert, der sich über das Wesen der Zeit im Lichte der Wahrnehmung des Menschen Gedanken gemacht hat. Augustinus ordnet der wahrgenommenen Zeit drei Aggregatzustände zu: Die Vergangenheit, die Gegenwart und die Zukunft. Die Vergangenheit lebt im Menschen ausschließlich durch seine Erinnerung, die er an sie hat. Die Zukunft hingegen ist für ihn nur präsent in seinen Erwartungen, die er an sie stellt. Und der Gegenwart ist das bewusste Gestalten und Erleben zugeordnet, in welchem Erwartung und Erinnerung ergänzend ineinander fließen.

Was haben diese Betrachtungen mit dem gegenständlichen Thema zu tun? Mehr als man glauben möchte! Denn Vertrauen entsteht aus der Erinnerung an erfüllte Erwartungen. Damit wird aber das Vertrauen zu einem aussagekräftigen und wesentlichen Maßstab, der es Menschen ermöglicht, in der Gegenwart die Erwartungen an die Zukunft mit der Erinnerung aus der Vergangenheit zu verknüpfen. Erwartungen nehmen somit Zuflucht zum Vertrauen, wenn es gilt, Prognosen über die Zukunft auf den Erfahrungen der Vergangenheit zu begründen.

Der Vergleich von Angeboten, welche bei geistigen Leistungen de facto im Versprechen der Bieter bestehen, die Erwartungen des Auftraggebers bestmöglich erfüllen zu wollen, wird daher stets ein untaugliches Bemühen bleiben, solange in diesem Angebotsvergleich der Maßstab des Vertrauens ausgeblendet bleiben muss.

Erwartungen, Erinnerungen und Vertrauen sind allerdings subjektiver Natur und stehen daher im Widerspruch zum Objektivierungsgebot des Vergabewesens. Der verloren gegangene Wert des Vertrauens ist aber wohl der Preis, den heute viele zu zahlen bereit sind, um sich die Fiktion eines sachgemäßen, effizienten und funktionierenden Wettbewerbs leisten zu können. Denn die eindeutige Beschreibbarkeit sowie die Objektivierbarkeit von Leistungsversprechen ist eine Fiktion, die den realen Gegebenheiten nicht standzuhalten in der Lage ist. Die häufig praktizierte Zuflucht zur Einhaltung formaler Vorgaben ohne hinreichende Reflexion inhaltlicher Aspekte ist in Wahrheit wohl nur eine Flucht vor den tatsächlichen Herausforderungen bei der Vergabe derartiger Leistungen.

Resümee - ein Auftrag an die Zukunft

Möge bei allen, die das Vergabewesen für geistige Leistungen maßgebend beeinflussen, die Erkenntnis reifen, dass sich Qualität nur dort entfalten kann, wo nachhaltiges Bemühen auch werthaltiges Vertrauen begründet. Wo es wieder Sinn macht, mehr zu leisten, als beschrieben und bedungen ist. Qualität wird sich zudem nur dort entfalten können, wo dem begründeten Vertrauen des Auftraggebers in das Leistungsversprechen eines Bieters wieder ein entsprechender Stellenwert eingeräumt wird. Denn die Bestbieterermittlung ist in Wahrheit Teil einer Prognoseentscheidung, in der es gilt, das vertrauenswürdigste Leistungsversprechen auszuwählen. Eine derartige Entscheidung verlockenden Angebotspreisen für verborgen

bleibende Inhalte zu überlassen oder sie vagen, in nüchterner Zahlenakrobatik abgebildeten Versprechungen zu überantworten, hieße der Herausforderung und Verantwortung bei der Vergabe geistiger Leistungen aus dem Wege zu gehen. Die Auswahl des bestgeeigneten Bieters erfordert weitblickende Verantwortung und mutige Entscheidungskraft erfahrener und integerer Ingenieure, die sich den hiefür notwendigen Freiraum mit entsprechenden Argumenten und nachhaltigem Engagement erkämpfen müssen. Großprojekte wie der Brenner- Basistunnel sind in jeder Hinsicht komplex und anspruchsvoll. Sie sind es daher wert, diesen Kampf im Interesse eines profunden und gesicherten Projekterfolges zu führen.

Denn die unüberschaubar nachteiligen Auswirkungen des Vergabewesens geistiger Leistungen in seiner heutigen Form werden weithin noch völlig unterschätzt. Es wird Aufgabe der Zukunft sein, dieser Entwicklung entgegenzuwirken und die Kräfte der Vernunft und des Geistes wieder aus dem gegenwärtigen Korsett einengender Regelungen und Richtlinien zu befreien.

Autor :
Baurat hc. Dipl.Ing. Dr.mont.
Georg – Michael Vavrovsky
Senior Advisor und ehem. Vorstandsdirektor der
ÖBB – Infrastruktur AG
1020 Wien, Praterstern 3