

Leitfaden

Strukturiertes Verhandlungsverfahren für die Vergabe der Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau (A- und F-Modelle)

- Konzept -

HAFTUNGSAUSSCHLUSS / HINWEIS

Der vorliegende Leitfaden wurde durch die vom BMVBW beauftragten Fachberater (Arbeitsgemeinschaft Investitionsbank Schleswig-Holstein und Schlüssel-Plan zusammen mit Alfen Consult, Norton Rose sowie CMS Hasche Sigle) erstellt. Dieser Leitfaden dient der Information für die Öffentlichkeit. Die Ausführungen in diesem Leitfaden sind Ausgangspunkt für die Entwicklung einer einheitlichen Verfahrensstruktur für die Vergabe von Betreibermodellen im Bundesfernstraßenbau (A- und F-Modelle). **Sämtliche in diesem Dokument getroffenen Aussagen, Empfehlungen und rechtlichen Einschätzungen geben ausschließlich die Auffassung der Fachberater wieder.** Sie binden unter keinen Umständen die Bundesrepublik Deutschland oder die in Auftragsverwaltung für die Bundesrepublik Deutschland handelnden Bundesländer. Aus den Aussagen und Darlegungen in diesem Dokument können unter keinen Umständen Rechtsansprüche hergeleitet werden, insbesondere nicht für einzelne Ausschreibungen oder Vergabeverfahren im Zusammenhang mit den Betreibermodellen oder anderen öffentlichen Aufträgen.

Fassung: April 2005

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	4
2	Kompetenz- und vergaberechtliche Vorfragen	5
2.1	Kompetenzverteilung im Rahmen der Bundesfernstraßenverwaltung	5
2.1.1	Rechtliche Grundlagen.....	5
2.1.2	Einordnung der Betreibermodelle.....	7
2.2	Vertragstypus	8
2.2.1	Abgrenzung Dienstleistung und Bauleistung.....	8
2.2.2	Abgrenzung Bauvertrag und Baukonzession.....	11
2.3	Anwendbare Vergabevorschriften	15
2.3.1	Europarechtliche Vorschriften.....	15
2.3.2	Nationale Vorschriften.....	16
2.4	Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens	18
2.4.1	Europarechtliche Zulässigkeit.....	19
2.4.2	Nationale Zulässigkeit.....	19
2.5	Wettbewerblicher Dialog als Alternative?	21
3	Analyse nationaler und internationaler Verhandlungsverfahren	23
3.1	Zielsetzung und Methodik	23
3.2	Allgemeine Fragen	24
3.3	Auftraggeber	25
3.4	Vorbereitung des Verhandlungsverfahrens	25
3.4.1	Markterkundung.....	25
3.4.2	Klärungsbedarf im Vorfeld des Verfahrensbeginns.....	27
3.5	Vorabinformation	35
3.6	Bekanntmachung	35
3.6.1	Art und Weise der Veröffentlichung.....	35
3.6.2	Inhalt.....	36
3.7	Teilnahmewettbewerb (Präqualifikation)	42
3.7.1	Teilnahmebedingungen.....	42
3.7.2	Bewerber-/Bietergemeinschaften.....	42
3.7.3	Kommunikation während des Teilnahmewettbewerbs.....	44
3.7.4	Auswahl unter den Bewerbern.....	45
3.8	Angebotsphase	47
3.8.1	Aufforderung zur Angebotsabgabe.....	47
3.8.2	Angebotsbedingungen.....	47
3.8.3	Verdingungsunterlagen.....	50
3.8.4	Informationen für Teilnehmer bei Aufforderung zur Abgabe von Angeboten.....	54
3.8.5	Beantwortung von Nachfragen.....	55
3.9	Verhandlungsphase	56
3.9.1	Grundstrukturen für Verhandlungsverfahren.....	56
3.9.2	Ausgestaltung des Verhandlungsverfahren.....	59
3.10	Wertung	61
3.10.1	Wertungsmethodik.....	61
3.10.2	Wertungsverfahren.....	61
3.10.3	Wertungskriterien.....	63
3.11	Absage- und Ankündigungsschreiben	68
3.12	Zuschlag	68
4	Rechtliche Herleitung der Elemente des Leitfadens	70
4.1	Zielsetzung und Methodik	70
4.2	Allgemeines	70
4.3	Konzessionsgeber	70

4.4	Vorbereitung des Vergabeverfahrens	70
4.4.1	Prüfung der Wirtschaftlichkeit.....	71
4.4.2	Erstellung der Verdingungsunterlagen.....	71
4.4.3	Sicherstellung der Finanzierung.....	71
4.5	Vorinformation	72
4.6	Vergabebekanntmachung	72
4.6.1	Art und Weise der Veröffentlichung.....	72
4.6.2	Inhalt.....	72
4.6.3	Zeitpunkt.....	74
4.7	Teilnahmewettbewerb (Präqualifikation)	75
4.7.1	Erklärungen und Nachweise.....	75
4.7.2	Bewerbergemeinschaften.....	76
4.7.3	Kommunikation mit den Bewerbern.....	76
4.7.4	Bewerbungsfrist.....	77
4.7.5	Auswahl unter den Bewerbern.....	77
4.7.6	Mitteilung an nicht ausgewählte Bewerber.....	78
4.8	Angebotsphase	78
4.8.1	Aufforderung zur Angebotsabgabe.....	78
4.8.2	Verdingungsunterlagen.....	82
4.8.3	Beantwortung von Nachfragen.....	83
4.9	Verhandlungsphase	83
4.9.1	Vergaberechtliche Maßgaben.....	84
4.9.2	Grundstrukturen des Verhandlungsverfahrens.....	84
4.9.3	Zeitplanung.....	86
4.9.4	Organisatorisches.....	86
4.9.5	Dokumentation.....	87
4.10	Wertung	87
4.10.1	Wertungsmethodik.....	87
4.10.2	Wertungsverfahren.....	88
4.10.3	Wertungskriterien.....	90
4.11	Absage- und Ankündigungsschreiben	91
4.12	Zuschlag	91

1 Einleitung

Im Rahmen dieses Dokuments werden die **Grundlagen für eine einheitliche Verfahrensstruktur** zur Vergabe von Betreibermodellen im Bundesfernstraßenbau entwickelt. Ausgangspunkt ist die Aufarbeitung einiger kompetenzrechtlicher und vergaberechtlicher Grundfragen, die auch nach Vorlage der Gutachten zu den Musterkonzessionsverträgen¹ noch diskutiert werden. Daran schließt sich eine Analyse nationaler und internationaler Projekte vergleichbaren Zuschnitts an, aus der Hinweise und Anregungen für die Gestaltung des Verfahrens für die A- und F-Modell-Projekte gewonnen werden. Angesichts der Maßgabe, ein rechtssicheres Verfahren zu entwickeln, schließt sich daran die rechtliche Aufarbeitung und Herleitung der einzelnen Schritte und vergaberechtlichen Anforderungen an.

Bei den Betreibermodellen handelt es sich um **Pilotprojekte** zur Vollzugsprivatisierung von Aufgaben im Rahmen der Bundesfernstraßenverwaltung. Dem A-Modell vergleichbare Modelle im Bereich der Autobahninfrastruktur gibt es bislang in Deutschland nicht; ebenso wenig eine entsprechende Vergabepaxis mit gefestigter Rechtsprechung. F-Modelle sind bisher nur in zwei Einzelfällen im Rahmen nicht-offener Ausschreibungsverfahren realisiert worden. Für die Vergabe der Betreibermodelle im Verhandlungsverfahren muss eine **Struktur** geschaffen werden, die den Besonderheiten dieser öffentlich-privaten Partnerschaften und ihrer Zielsetzung umfassend Rechnung trägt. Gleichmaßen ist es erforderlich, die allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien des Wettbewerbs, der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Mittelstandsförderung zu berücksichtigen.

Erst mit der Erfahrung einzelner Projekte werden sich in einigen Bereichen feste Praktiken herausarbeiten lassen. Aus diesem Grund sind das folgende **Konzept und** die daraus abgeleiteten **Empfehlungen** als „lebende“ **Instrumente** anzusehen, die auf der Basis der Gutachten und der Musterkonzessionsverträge nebst Musterverdingungsunterlagen eine erste Richtschnur für die Durchführung der Verhandlungsverfahren schaffen. Sie sind auf Grund der in den Verfahren zu den ersten Projekten gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen fortzuschreiben.

¹ Gutachten für Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelung für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstöckigen Autobahnausbau („A-Modell“) (nachfolgend: „**Gutachten A-Modell**“); Gutachten und Erläuterungsbericht zu einer Musterkonzessionsvertrag, eine Mustermautverordnung und Ausschreibungs- und Verlegungsunterlagen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz v. 30.11.2000 (nachfolgend „**Gutachten F-Modell**“).

2 Kompetenz- und vergaberechtliche Vorfragen

Die kompetenz- und vergaberechtlichen Grundfragen wurden bereits im Rahmen der vorliegenden Gutachten zu den beiden Strukturmodellen aufgearbeitet. Die in den Gutachten gefundenen Ergebnisse sind anhand zwischenzeitlich ergangener gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Rechtsprechung sowie im Hinblick auf kritische Anmerkungen zu überprüfen.

2.1 Kompetenzverteilung im Rahmen der Bundesfernstraßenverwaltung

Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Land im Bereich der Bundesfernstraßenverwaltung ist von besonderer Bedeutung, wenn Aufgaben aus diesem Bereich (zur Ausführung) auf private Unternehmen übertragen werden sollen. Hiernach richtet sich zum einen, wer **Vertragspartei** des Konzessionsvertrags wird. Zum anderen ist dies relevant für die Frage, wer rechtsverbindliche oder nicht rechtsverbindliche Maßnahmen in diesem Zusammenhang ergreifen kann, etwa eine informelle Vorinformation veröffentlichen oder wer die zu vergebende Stelle ist und damit das strukturierte Verhandlungsverfahren durchzuführen hat.

2.1.1 Rechtliche Grundlagen

Die Konzessionsverträge nach den Betreibermodellen betreffen zum einen den Bau, die Erhaltung und den Betrieb von Tunneln, Brücken und Gebirgspässen im Rahmen von Bundesautobahnen oder Bundesstraßen (**F-Modell**) und zum anderen den Bau, die Erhaltung und den Betrieb von Streckenabschnitten der Bundesautobahnen oder mehrstreifigen Bundesstraßen mit getrennten Fahrbahnen (**A-Modell**). Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die von der Straßenbaulast nach § 3 Abs. 1 FStrG umfasst sind. Danach erstrecken sich diese auf den Bau und die Unterhaltung der Bundesfernstraßen und alle damit zusammenhängenden Aufgaben. Träger der Straßenbaulast ist gemäß § 5 Abs. 1 FStrG der Bund, für bestimmte Ortsdurchfahrten gemäß § 5 Abs. 2 FStrG die Gemeinde

Diese gesetzliche Regelung wird durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben überlagert. Gemäß Art. 90 Abs. 1 GG ist der Bund Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen. Diese werden gemäß **Art. 90 Abs. 2 GG** durch die **Länder „im Auftrage des Bundes“** verwaltet. Diese Aufgabenverteilung erstreckt sich allerdings nicht auf Ortsdurchfahrten, die unter stillschweigender Übernahme der überlieferten Aufgabenabgrenzung im Hinblick auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG) als von vornherein ausgeschieden angesehen werden².

Abgesehen von den Ortsdurchfahrten, die der Straßenbaulast der Gemeinden zugewiesen sind, ist die Bundesstraßenbauverwaltung verfassungsrechtlich durch **drei Elemente** geprägt:

(a) Vermögensverwaltung

Die Bundesautobahnen und Bundesstraßen gehören dem Bund zum Eigentum. Er ist gemäß § 9 Abs. 1 des Bundesfernstraßen-Vermögensgesetzes (FStrVermG) als „Bundesrepublik Deutschland (Bundesstraßenverwaltung)“ im Grundbuch eingetragen. Dies wirkt sich in erster Linie auf die so genannte „Vermögensverwaltung“ aus. In diesem Bereich handelt das **Land** in der Praxis gemäß § 7 Abs. 1 der 1. AVVFStr als **Vertreter des Bundes** unter der Bezeichnung „Bundesrepublik Deutschland – Bundesstraßenverwaltung“. Würde das Land in eigenem Namen handeln, müsste es erworbene Vermögensrechte (z.B. Grundeigentum) nach Maßgabe der grundgesetzlichen Vorgaben dem Bund übertragen³. Im Gutachten A-Modell⁴ wird in dieser Hinsicht festgestellt, dass das Land Vertragspartner sein müsse, lediglich im Hinblick auf die Formulierung des Rubrums wird auf die Vertretung nach § 7 Abs. 1 der 1. AVVFStr verwiesen. Die im Musterkonzessionsvertrag insoweit für den „Auftraggeber“

² Krämer, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Rn. 14 und 23.41 f.

³ Krämer, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Rn. 28.63.

⁴ Gutachten A-Modell, Ziffer III.1.1.2.

verwendete Vertretungsklausel führt allerdings nicht dazu, dass das **Land** Vertragspartei ist, da es (als „Auftraggeber“) nur **Vertreter des Vertragspartners Bund** ist⁵. In der Rechtsprechung⁶ wurde in Frage gestellt (aber letztlich offen gelassen), ob mit der Formulierung in § 7 Abs. 1 der 1. AVVFStr Stellvertretung im Sinne des BGB gemeint ist und ob eine solche Regelung mit Art. 90 Abs. 2 GG überhaupt in Einklang stünde. In der Praxis wird sie jedenfalls bei privatrechtlichen Bauverträgen gemeinhin verwendet.

(b) Wahrnehmungskompetenz des Landes

Im Rahmen der **Bundesauftragsverwaltung** liegt die **Wahrnehmungskompetenz beim Land** und ist unentziehbar. Dies gilt auch im Hinblick auf die Wahrnehmung der Aufgaben im Bereich der Straßenbaulast für Bundesautobahnen und Bundesstraßen⁷. Die in diesem Bereich geltenden Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 19.02.2002 zum Atomkonsens⁸ zusammengefasst und konkretisiert. Bei der Bundesauftragsverwaltung im Sinne des Art. 85 GG handelt es sich um eine „Form der Landesverwaltung“, es wird „**Landesstaatsgewalt**“ (Rn. 66) ausgeübt. Dem Bund stehen jedoch im Vergleich zur landeseigenen Ausführung der Bundesgesetze weitaus stärkere Einwirkungsmöglichkeiten zu, insbesondere das Recht, Weisungen im Hinblick auf Gesetz- und Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung zu erteilen. Nach außen muss das Land handeln (**Wahrnehmungskompetenz**). Ein Eintrittsrecht des Bundes ist nicht vorgesehen. Die Sachkompetenz, d.h. die Zuständigkeit für die Beurteilung und Entscheidung in der Sache, kann der Bund jedoch an sich ziehen. Er kann jedoch nicht selbst handeln, sondern muss entsprechende Anweisungen an das Land erteilen, das diese dann umsetzen muss (Rn. 67). Wenn er durch ausdrückliche Erklärung oder konkludentes Handeln die Sachkompetenz in Anspruch nimmt, steht dem Bund zwar das Recht zu, zur Vorbereitung und Ausübung seines Direktions- und Weisungsrechts unmittelbar Kontakte nach außen aufzunehmen. Dieses informelle Handeln darf jedoch nicht in einen Selbsteintritt münden, der die Wahrnehmungskompetenz des Landes verdrängen würde⁹. In jedem Fall ist dem Land die gesetzesvollziehende, rechtsverbindliche Entscheidung mit Außenwirkung, vor allem der Erlass von Verwaltungsakten und der Abschluss öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen, unentziehbar vorbehalten (Rn. 72). Dabei handeln die Landesbehörden grundsätzlich im Namen des Landes, nicht des Bundes¹⁰. Andererseits wird es selbst für den öffentlich-rechtlichen Vertrag vom Bundesgerichtshof als zulässig erachtet, dass die Landesbehörde, soweit sie entsprechend ermächtigt ist, im Namen des Bundes handeln darf, sie also ihre Kompetenz in dieser Form wahrnimmt¹¹. Erst recht dürfte dies für den Abschluss privatrechtlicher Verträge gelten.

(c) Ausgabenlast

Gemäß Art. 104a Abs. 2 GG ist dem Bund die Ausgabenlast zugewiesen. Er muss die sich aus dem Handeln der Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung ergebenden Ausgaben tragen. Damit fallen Aufgabenwahrnehmung (Land) und Ausgabenverantwortung (Bund) auseinander. Die Ausgabenlast des Bundes rechtfertigt sich aber daraus, dass er über sein **umfangreiches Weisungsrecht** Einfluss auf Art und Umfang der Kosten nehmen kann¹². Artikel 104a Abs. 2 GG gilt allerdings **nur für Zweckausgaben**, wie sie in § 6 Abs. 3 FStrVermG konkretisiert sind. Nicht hierunter

⁵ Krämer, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Rn. 28.63.

⁶ VG Koblenz, Urt. v. 16.09.2002 - 8 K 2774/01 KO, zit. nach Juris, Rn. 32.

⁷ BVerfGE 52, 226, 228 f.; VG Koblenz, Urt. v. 16.09.2002 - 8 K 2774/01.KO, zit. nach Juris, Rn. 28; Krämer, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Rn. 15.1.

⁸ BVerfG, Urt. v. 19.02.2002 - BvG 2/00, zit. nach Juris (BVerfGE 104, 249 = NVwZ 2002, 585), Rn. 72; ebenso BVerfGE 81, 310, 332.

⁹ Im Hinblick auf den Atomkonsens war umstritten, inwieweit durch die informellen Absprachen mit den Kraftwerksbetreibern diese Schwelle bereits überschritten war. Dies ist von der Senatsmehrheit verneint worden. Im Rahmen eines Sondervotums (Rn. 92 ff.) wurde jedoch eine andere Auffassung vertreten.

¹⁰ Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 4, Art. 85 Rn. 5; so auch: Gutachten A-Modell, Ziffer III. 1.1.1 (a), S. 59.

¹¹ BGH, Urt. v. 28.03.2003 - V ZR 47/02, Rn. 14, zit. nach Juris.

¹² Heun, in: Dreier, GG, Bd. III, Art. 104 a, Rn. 21.

fallen Verwaltungsausgaben, insbesondere die Kosten der Verwaltungseinrichtungen und des Verwaltungspersonals, die der Bund und die Länder gemäß Art. 104 a Abs. 5 GG jeweils für ihre eigenen Behörden aufbringen müssen. Die Ausgabenlast ist jedoch ohne Außenwirkung und betrifft nur die Lastenverteilung zwischen Bund und Land im Rahmen der bundesstaatlichen Finanzverfassung¹³. Die Wahrnehmungskompetenz des Landes bleibt unangetastet.

2.1.2 Einordnung der Betreibermodelle

(a) F-Modell

Für das F-Modell kommt das Gutachten zum Musterkonzessionsvertrag zu dem Ergebnis, dass der Vertrag als **öffentlich-rechtlicher Vertrag** der Hoheitsverwaltung zuzurechnen ist¹⁴. Dies steht in Einklang mit § 1 Abs. 1 des Fernstraßenbaugesetzes (FStrAbG), wonach „Bau und Ausbau der Bundesfernstraßen **Hoheitsaufgaben des Bundes**“ sind. Dies ergibt sich bereits aus § 1 Abs. 3 FStrG, wonach bestimmte Rechte und Pflichten im Rahmen der hoheitlichen Straßenbaulast auf den Privaten übergehen. Zuständig ist das **Land**. Nach der Rechtsprechung des BGH darf es **im Namen des Bundes** handeln.

(b) A-Modell

Das Gutachten A-Modell¹⁵ diskutiert eingehend die Frage der **Rechtsnatur des Konzessionsvertrags**. Die Autoren legen sich nicht fest und gehen wohl von einem Mischcharakter aus, ohne dass recht klar wird, wo die Trennlinie laufen soll. Der Hinweis auf werkvertragliche Rechte und Pflichten sowie Regelungen über Leistungsstörungen¹⁶ hilft insoweit allerdings nicht weiter, da dies nicht den materiellen Vertragsgegenstand betrifft, sondern die Einordnung in die Kategorien des gemäß § 62 Satz 2 VwVfG auch auf den öffentlichen Vertrag anwendbaren Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

Es spricht viel dafür, dass der Gegenstand des Vertrages, die Ausführungsübertragung von Bau, Erhaltung und Betrieb von Bundesautobahnen über einen Zeitraum von 25 bis 30 Jahren und mit der Weiterleitung der streckenbezogenen Maut (als öffentlich-rechtlicher Benutzungsgebühr) **öffentlich-rechtlicher Natur** ist¹⁷. Soweit in der Literatur¹⁸ betont wird, dass die öffentliche Aufgabe nur zur Ausführung übertragen wird und sie damit nur insoweit übergeht, als sie eine „wirtschaftliche Leistung“ darstellt, könnte das in eine andere Richtung weisen. Letztlich spiegelt sich in dieser Fragestellung die generelle Unsicherheit in Rechtsprechung und Literatur über eine sachgerechte Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht wider. Letztlich braucht diese Frage hier nicht entschieden werden.

Grundsätzlich handelt es sich um einen **Gegenstand der Bundesauftragsverwaltung**, so dass die **Wahrnehmungskompetenz** und damit auch das Recht zum Abschluss des Vertrags beim Land liegt. Geht man von der Rechtsprechung des BGH (siehe 2.1.1(b)) aus, ist das Land auch beim öffentlich-rechtlichen Vertrag befugt, in Stellvertretung für den Bund zu handeln.

Bestritten wird, dass die **Mautweiterleitung** Gegenstand der Bundesauftragsverwaltung ist. Zurecht wird darauf hingewiesen, dass nach § 11 des Autobahnmautgesetzes für schwere Nutzfahrzeuge (ABMG) die **Mauteinnahmen dem Bund zustehen**. Hinsichtlich der Ausgaben wird dabei aber nur geregelt, dass die Kosten des Betreibers des Mautsystems aus diesem Einkommen zu zahlen sind. Im übrigen fließen die Mittel

¹³ BVerwGE 52, 226, 229 f.; BVerfGE 39, 96, 108, zu Art. 104 a Abs. 4 GG.

¹⁴ Gutachten F-Modell, 2. Teil Ziffer V.3.d).

¹⁵ Gutachten A-Modell, Ziffer III.1.2.

¹⁶ Gutachten A-Modell, Ziffer III.1.2.2 a.E.

¹⁷ Vgl. auch BVerwGE 97, 331, 337; BGH, Urt. v. 28.03.2003 – V ZR 47/02, zit. nach Juris.

¹⁸ Rinke, in: Kodal/Krämer, Straßenrecht, 6. Aufl. 1999, Rn. 27.11.

in den Bundeshaushalt und werden, soweit sie für A-Modelle Verwendung finden, im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung ausgegeben. Insoweit besteht keine Besonderheit, die eine Abweichung von der Kompetenzzuweisung im Rahmen der Auftragsverwaltung bedingen würde. Allerdings ist das Land bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben bei der Abwicklung einer Konzession im Rahmen des A-Modells in besonderem Maße auf die Mitwirkung des Bundes angewiesen. Denn nur dieser hat den erforderlichen Zugriff auf die Daten des mautpflichtigen Verkehrs auf der Konzessionsstrecke, die Grundlage der Gegenleistung für den Konzessionsnehmer ist. Es empfiehlt sich, diese Zusammenarbeit im Voraus einer Regelung zuzuführen.

2.2 Vertragstypus

Die Festlegung der auf die Ausschreibungen anwendbaren Vergabevorschriften hängt zunächst von der **Einordnung der beabsichtigten Aufträge** in den jeweiligen Vertragstypus ab. Dementsprechend ist nachfolgend zwischen Dienstleistung und Bauleistung einerseits und zwischen Leistungsvertrag und Konzessionsvertrag andererseits abzugrenzen.

Sowohl das Gutachten A-Modell als auch das Gutachten F-Modell haben die zu vergebenen Infrastrukturverträge als **Baukonzessionsverträge** eingeordnet. Insbesondere im Hinblick auf insoweit geäußerte Bedenken und zur Bestimmung etwaiger Grenzen bei der Verhandlung der Vertragsinhalte wird dem an dieser Stelle noch einmal näher nachgegangen.

2.2.1 Abgrenzung Dienstleistung und Bauleistung

(a) Maßgebliche Abgrenzungskriterien

Bei der Abgrenzung zwischen einem Dienstleistungs- und einem Bauleistungsvertrag ist beachtlich, dass die beabsichtigten infrastrukturellen Maßnahmen Elemente beider Leistungsarten aufweisen. Sowohl im F-Modell also auch im A-Modell werden zunächst **Errichtungsleistungen** durch den **Auftragnehmer** erbracht, deren Resultat ihm dann über den Vertragszeitraum zur Unterhaltung und **ertragswirtschaftlichen Nutzung** überlassen wird. Im Rahmen dieser Nutzung hat der Auftragnehmer verschiedene Leistungen zu erbringen, die sowohl Dienstleistungs- als auch Bauleistungsmerkmale aufweisen. Zum Beispiel hat die Erneuerung der Fahrbahn auf Grund des strukturverändernden Eingriffs in das Bauwerk Bauleistungscharakter, der Winterdienst, der den Oberbelag der Fahrbahn unverändert lässt, hingegen Dienstleistungscharakter. Darüber hinaus ist bei beiden Strukturmodellen vorgesehen, dass der Auftragnehmer auch wesentliche Teile der Finanzierung der Projekte übernimmt. Die im Rahmen der abzuschließenden Verträge zu übernehmenden Leistungen sind teilweise als Dienstleistung, teilweise als Bauleistung zu qualifizieren.

Bei solchen vertraglichen Mischformen ordnen die herrschende Rechtsprechung¹⁹ und Literatur²⁰ den Vertrag nach seinem Schwerpunkt ein. Auch die Gutachten F-Modell²¹ und A-Modell²² grenzen den Vertragstyp nach dem **Schwerpunkt des Vertrages** ab. Nach dieser Schwerpunkttheorie sind die Verträge einheitlich zu betrachten. Liegt der Schwerpunkt der Vertragsleistung auf die Bauleistung, sind auf den Vertrag einheitlich die vergaberechtlichen Regelungen für Bauverträge anwendbar.

In der Literatur wird bei der Bestimmung des Schwerpunktes des Vertrages teilweise weiter differenziert. Für die Feststellung des Schwerpunktes kann sowohl der

¹⁹ EuGH, Urt 19.04.1994, Rs. C-331/92, Slg. 1994, S. I-01329; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.03.2003, Verg. 49/02; OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.1999, 6. Verg. 1/99; OLG Naumburg, Beschl. v. 30.05.2002, 1 Verg. 14/01; OLG Jena, Beschl. v. 14.10.2003, 6 Verg. 5/03.

²⁰ Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion § 99 GWB, Rn. 25; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 99 GWB, Rn. 39; Marks, in: Beck'scher Kommentar zur VOB/A, § 99 GWB, Rn. 18; Dreher, in: Immenga-Mestmäcker, § 99 GWB, Rn. 51.

²¹ Gutachten F-Modell, S. 280.

²² Gutachten A-Modell, Teil IV, S. 18 f.

Gegenstand des Vertrages als auch der Wert der einzelnen Vertragselemente herangezogen werden²³.

Der EuGH hat zur Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen insbesondere auf die 16. Begründungserwägung der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie²⁴ verwiesen. Demnach scheidet ein Bauauftrag aus, wenn den Bauleistungen nur untergeordnete Bedeutung zukommt²⁵. Diese Einordnung des EuGH wurde auf Grund einer gegenständlichen und nicht wertmäßigen Betrachtung vorgenommen.

Die Europäische Kommission hat sich der Rechtsprechung des EuGH angeschlossen²⁶. Auch nach ihrer Ansicht ist entscheidend auf den **Hauptgegenstand des Vertrages** abzustellen. Sind Bauarbeiten bzw. die Errichtung eines Bauwerks gegenüber dem Hauptgegenstand des Vertrages nicht von untergeordneter Bedeutung, so liegt ein Bauvertrag vor.

Letztere Auffassung wird auch durch die jetzt verabschiedete einheitliche Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge bestätigt. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. d) liegt ein Dienstleistungsauftrag vor, wenn die in Anhang I der Richtlinie genannten Bautätigkeiten lediglich als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand erbracht werden²⁷.

In der nationalen Rechtsprechung wurde durch das Oberlandesgericht Düsseldorf²⁸ noch deutlicher gemacht, nach welchen Kriterien der **Schwerpunkt des Vertrages** zu bestimmen ist. Das Gericht hält einen generalisierenden Ansatz mit festen Wertgrenzen der Leistungsanteile für unzulässig. Den Wertteilen der verschiedenen Leistungen käme nur eine indizielle Aussagekraft zu; sie würden nur eine erste Orientierung bei der Einordnung der Vertragsleistung bieten. Darüber hinaus gewinnen nach Ansicht des Gerichts wesentlich die den Einzelfall kennzeichnenden rechtlichen und wirtschaftlichen Merkmale und Umstände an Bedeutung. Insbesondere bedarf es der Feststellung, welchen **wirtschaftlichen Schwerpunkt** die der Auftragsausführung liegenden Risiken für die Vertragsparteien bilden und welche Leistung dem Vertrag rechtlich das Gepräge gibt²⁹.

(b) Abgrenzung im Einzelfall

Vor diesem Hintergrund sind die beabsichtigten Vergaben grundsätzlich einer **Einzelbetrachtung** zu unterziehen. Da sich **Bauleistungs- und Dienstleistungsanteile** in jedem Projekt durchaus sehr **unterschiedlich** darstellen können, ist es Aufgabe der Vergabestelle, im Rahmen der Vorbereitung der Ausschreibung für jedes individuelle Projekt auf der Grundlage der vorgenannten Abgrenzungskriterien den Schwerpunkt der vertraglichen Leistung zu bestimmen und dies im Hinblick auf eine im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens möglicherweise notwendig werdenden Rechtfertigung zu dokumentieren. Im Rahmen dieses Leitfadens kann lediglich eine **allgemeine Beschreibung des Abgrenzungsvorgangs** geleistet werden, die die individuellen Besonderheiten eines Projektes unberücksichtigt lässt und die der Nachprüfung im Einzelfall bedarf.

Erster Bezugspunkt sind die Wertanteile der verschiedenen Leistungsbereiche, aus denen sich ein Gesamtprojekt zusammensetzt. Sie bedürfen der anteiligen Einteilung in

²³ Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, § 99 GWB, Rn. 25.

²⁴ Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.06.1992 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209 v. 24.07.1992, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2001/78/EG der Kommission (ABl. L 285 v. 29.10.2001).

²⁵ EUGH, Urt. v. 19.04.1994, Rs. C-331/92, Slg. 1994 I, 1329.

²⁶ Mitteilung der Kommission zur Auslegungsfragen im Bereich Konzession im Gemeinschaftsrecht, Slg. 2000, C-121/02.

²⁷ Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134/114 v. 30.04.2004 (nachfolgend „Vergabekordinierungsrichtlinie“).

²⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.03.2003, Verg. 49/02.

²⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.03.2003, Verg. 49/02.

Bauleistungen und sonstige Leistungen. Den einzelnen Leistungen ist Dienstleistungs- oder Bauleistungscharakter zuzuweisen und so eine prozentuale Aufteilung der Leistungsarten vorzunehmen.

Vertragsgegenstand der (Muster-)Konzessionsverträge ist die Erfüllung der Aufgaben des Baus, der Erhaltung und des Betriebs eines Fernstraßenabschnitts. Die Musterkonzessionsverträge enthalten zwar auch eine Finanzierungsverpflichtung³⁰ (§ 38 des Musterkonzessionsvertrags). Sie dient jedoch gemäß § 38 Ziff. 1 des Musterkonzessionsvertrags für das A-Modell bzw. § 23 des Musterkonzessionsvertrags für das F-Modell der Sicherstellung der dem Auftragnehmer nach dem Vertrag obliegenden Leistungen des Baus, der Erhaltung und des Betriebs des Bauwerks. Die Finanzierungsdienstleistung dient daher lediglich als Mittel zur Erfüllung des eigentlichen Vertragszwecks und ist daher nicht zu berücksichtigen.

In aller Regel wird sich bereits im Rahmen dieser überschlägigen wertmäßigen Betrachtungen der Auftragsanteile zeigen, dass die zu erwartenden **Bauleistungen** die zu erbringenden nicht-baulichen Dienstleistungen selbst dann **deutlich überwiegen**, wenn man einen anteiligen Zuschlag für Finanzierungsleistungen als Dienstleistung hinzurechnen würde³¹. Baulicher Art sind insbesondere die Leistungen im Zusammenhang mit dem sechsstreifigen Ausbau und der Erhaltung. Selbst der Betrieb umfasst neben den nicht-baulichen Unterhaltungsleistungen (z.B. Winterdienst, Grünpflege, Reinigung) bauliche Leistungen in der Form von Reparaturarbeiten. Bestätigt sich dies im Einzelfall, muss dies als **deutlicher Anhaltspunkt für einen Bauleistungsvertrag** angesehen werden.

Dieser wertmäßige Schwerpunkt ist für die einzelnen Projekte durch eine **wirtschaftliche und rechtliche Schwerpunkt Betrachtung** der Projekte zu ergänzen. Hierzu gehört namentlich die Verteilung der mit der Auftragserteilung verbundenen Risiken auf die Beteiligten. Anders als beim klassischen Bauvertrag stellt der Auftragnehmer nicht nur ein Bauwerk her oder verändert es. Er übernimmt auch die Risiken im Hinblick auf Betrieb und Erhaltung. Gerade angesichts der langen Konzessionsdauer kann man der Meinung sein, dass für den Auftraggeber der Risikoschwerpunkt insbesondere in dem Unterhaltungs- und Betriebszeitraum liegt, da dieser Zeitraum den Errichtungszeitraum bei weitem übersteigt. Jedoch werden selbst innerhalb dieses Nutzungszeitraums des Bauwerks die für die Erhaltung, turnusgemäße Erneuerung und Reparatur notwendigen Bauleistungen des Auftragnehmers wertmäßig dessen nicht-bauliche Betriebsdienstleistungen deutlich übersteigen. Aus Sicht des Auftraggebers wird das **Risiko** der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer daher im Regelfall **überwiegend Bauleistungen** beinhalten.

Hinsichtlich des vertraglichen Risikos des Auftragnehmers und seinen kalkulatorischen Grundlagen liegt der Risikoschwerpunkt auf demjenigen Teil seiner Vergütung, der durch die Mauteinnahmen des Auftragsgebers bestimmt wird. Während die Anschubfinanzierung quantitativ bekannt ist, hängt der durch die Maut bestimmte Teil seiner Vergütung von der Nutzung der Strecke durch die Verkehrsteilnehmer ab. Auf diesen Teil seiner Vergütung kann der Auftragnehmer vor allen Dingen durch die qualitative Beschaffenheit des Bauwerks Einfluss nehmen. Auch hier spielt daher sein Unterhaltungsaufwand eine bedeutende Rolle. Da aber auch dieser Unterhaltungsaufwand wiederum insbesondere durch bauliche Maßnahmen geprägt sein wird, verbleibt es in aller Regel auch hinsichtlich des Auftragnehmerisikos bei einem Vertragsschwerpunkt, der durch Bauleistungen bestimmt wird.

Im Ergebnis ist daher den Feststellungen in den Gutachten A- und F-Modell auch nach isolierter Betrachtung der bis heute vorliegenden Erkenntnisse über die zu erwartenden Strukturen der Pilotprojekte und unter Berücksichtigung der neusten Rechtsprechung

³⁰ § 38 Musterkonzessionsvertrag zum A-Modell (Konventionelle Planung); § 23 Musterkonzessionsvertrag zum F-Modell (Konventionelle Planung).

³¹ Eine grobe Schätzung der Leistungsteile im August 2004 für die zu diesem Zeitpunkt beabsichtigten Vergaben ergab durchweg ein deutliches Übergewicht der Bauleistungen.

und Literatur nicht zu widersprechen. Vorbehaltlich der Einzelfallprüfung vor Beginn des Vergabeverfahrens ist abzusehen, dass bei den beabsichtigten Vergaben die Bauleistungsverpflichtungen des Auftragnehmers derart im Vordergrund stehen, dass der Vertrag einheitlich nach den **Vergaberegeln für Bauleistungen (VOB/A)** zu behandeln ist. Die hier vorgenommene allgemeine Betrachtung dürfte auch bei den ins Auge gefassten Projekten nach dem A- und F-Modell zu keinem anderen Ergebnis führen. Bau- und baulicher Unterhaltungsaufwand dürften in der Regel den nicht baulichen Betriebsaufwand erheblich übersteigen.

2.2.2 Abgrenzung Bauvertrag und Baukonzession

Des Weiteren ist abzugrenzen, ob die beabsichtigte Vertragsgestaltung als Bauleistungsvertrag oder Baukonzessionsvertrag einzuordnen ist, da auf die beiden Vertragsarten unterschiedliche Vergabevorschriften Anwendung finden.

Auszugehen ist von der gemeinschaftsrechtlichen **Definition der Baukonzession** in Art. 1 Abs. 3 der Vergabekoordinierungsrichtlinie:

Öffentliche Baukonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Diese steht in Einklang mit der bisherigen Begriffsbestimmung in der bisher geltenden Bauauftragskoordinierungsrichtlinie³².

Durch Rechtsprechung und Literatur sind auf der Grundlage der bisherigen Definition **Kriterien für das Vorliegen einer Konzession** entwickelt worden. Hierbei wird übereinstimmend auf die Risikoallokation für die entgeltliche Verwertung des Nutzungsobjektes beim Auftragnehmer abgestellt³³. Stickler³⁴ definiert folgende Kriterien:

- Eine Aufgabe, deren Erfüllung grundsätzlich einem öffentlichen Auftraggeber obliegt, wird auf einen Privaten übertragen;
- der Auftragnehmer (Konzessionsnehmer) erhält das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung;
- der Auftragnehmer (Konzessionsnehmer) erhält ein Entgelt von den Nutzern der von ihm erbrachten Leistung, beispielsweise der von ihm erstellten baulichen Anlage; und
- das Verwertungs- und Betriebsrisiko liegt im Wesentlichen beim Auftragnehmer (Konzessionsnehmer).

Da die beiden Projektmodelle gemessen an diesen Kriterien unterschiedlich strukturiert sind, ist nachfolgend zu differenzieren.

(a) F-Modell

Beim F-Modell nutzt und vertreibt der Konzessionsnehmer nach Errichtung der baulichen Anlage diese in eigener Regie. Insbesondere erfolgt eine direkte

³² Richtlinie 93/37/EWG des Rates zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge v. 14.07.1993 ABl. L/199 v. 09.08.1993, S. 54, geändert durch die Richtlinie 97/52/EG, ABl. L/328 v. 28.11.1997, S. 1; aufgehoben spätestens mit Wirkung zum 31.01.2006 durch Art. 82 der Vergabekoordinierungsrichtlinie.

³³ EuGH, Rs. C-324/98, „Teleaustria“; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschl. v. 11.12.2001, Verg 14/01; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschl. v. 19.10.2000, Verg 9/00; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschl. v. 26.07.2002, Verg 22/02; Portz, in: Ingenstau/Korbion, § 32 VBA Rn. 10 ff; Kuß, § 32 VOB/A, Rn. 1; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich der Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C 121/2 v. 29.04.2000, Ziff. 2.1.2.

³⁴ Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 99 GWB, Rn. 27 a.

Vereinnahmung der erhobenen Mautgebühren, also des wirtschaftlichen Nutzens. Der Konzessionsnehmer vereinnahmt die Nutzungsgebühren direkt bei dem Verkehrsteilnehmer; er tritt gegenüber diesem offen als Betreiber des baulichen Objekts in Erscheinung und nutzt es auf diese Weise, indem er die Einnahmen erhält.

Auch der Entgeltfluss erfolgt beim F-Modell unmittelbar vom Straßenverkehrsteilnehmer zum Konzessionsnehmer. Die aus der Mautgebühr fließende Vereinnahmung wirtschaftlicher Mittel ist allein Sache des Konzessionsnehmers.

Das F-Modell erfüllt sämtliche Voraussetzungen eines **Baukonzessionsvertrages**.

(b) **A- Modell**

Das Gutachten A-Modell stellt bei der Einordnung des Vertrags als Baukonzession eine wirtschaftliche Betrachtung in den Vordergrund. Danach ist in Einklang mit den in der Literatur für die Baukonzession entwickelten Kriterien³⁵ insbesondere notwendig, dass in Abhängigkeit von der Vertragsgestaltung das **unternehmerische Risiko** für die Vergütung aus den Mauteinnahmen dem Konzessionsnehmer übertragen wird³⁶. Die Vereinnahmung der Maut durch den Auftraggeber steht dem nicht entgegen. Solange der Auftraggeber bei der Entgegennahme der Maut nur als Einzugsstelle fungiert, ist dies für die Risikoverteilung und die Charakterisierung als Baukonzession unschädlich.

Da von verschiedener Seite gegen diese Argumentation Bedenken erhoben wurden, soll dies an dieser Stelle noch einmal näher erörtert werden.

Ausgangspunkt ist die Definition der Baukonzession, die dadurch gekennzeichnet ist, dass als **Gegenleistung** für die Bauleistung das **Recht zur Nutzung des Bauwerks** eingeräumt wird. Es ist daher zu hinterfragen, welches Recht dem Auftragnehmer nach dem A-Modell eingeräumt wird und ob dieses ein Nutzungsrecht an dem von ihm erstellten bzw. bearbeiteten Bauwerk ist.

(i) Gegenleistung nach dem A-Modell

Dem Auftragnehmer wird die Pflicht auferlegt, die Konzessionsstrecke mehrstreifig auszubauen sowie über den Konzessionszeitraum zu erhalten und zu betreiben. Als Gegenleistung erhält er zum einen die **Anschubfinanzierung**, die kein Nutzungsrecht darstellt, sondern die Zahlung eines Preises, sowie die durch die Toll Collect GmbH erhobene und an den Bund weitergeleitete **Maut** für die Benutzung der Konzessionsstrecke durch die mautpflichtigen Fahrzeuge. Es stellt sich die Frage, ob das Recht auf diese Mauteinnahmen ein Recht zur Nutzung des Bauwerks ist oder lediglich die Zahlung eines Preises.

Der Gegenleistungscharakter allein spricht nicht gegen die Annahme, dass es sich um ein Recht zur Nutzung des Bauwerks handelt, da bei der Baukonzession das Nutzungsrecht gerade als Gegenleistung eingeräumt wird. Letztlich reduziert sich das Problem auf die Frage, ob der Anspruch auf die Mautgelder, die der Bund an den Auftragnehmer auskehrt, eine Nutzung des Streckenabschnitts darstellt.

(ii) Nutzungsbegriff

Insoweit kann auf den Nutzungsbegriff des BGB zurückgegriffen werden. Gemäß § 100 BGB sind Nutzungen Früchte einer Sache sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt. Danach müssten die **Mauteinnahmen** für den Streckenabschnitt Gebrauchsvorteile dieser Sache sein. Wichtig ist dabei, dass in der Definition der Baukonzession keine eingehenden Vorgaben für die Art der

³⁵ Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, § 99 GWB, Rn. 27a.

³⁶ Gutachten A-Modell, Ziffer IV1.1.3.

Nutzung festgelegt sind, die dem Auftragnehmer eingeräumt wird. Es muss dem Privaten ein irgendwie geartetes Recht eingeräumt werden, Vorteile oder Gewinn aus der Innehabung des Bauwerks zu ziehen (vgl. § 100 BGB). Bei traditionellen Mautstraßenprojekten wird das Recht eingeräumt, von den Endnutzern Nutzungsgebühren zu erheben. Dies ist beim F-Modell der Fall. Beim A-Modell übernehmen die Toll Collect GmbH und der Bund das Inkasso. Die Einkünfte, die durch das zur Verfügung stellen des Streckenabschnitts erzielt werden, fließen dem Konzessionsnehmer zu. Er zieht den Nutzen aus dem Betrieb der Autobahn, die er ausgebaut hat, sowie baulich und betrieblich unterhält. Zahlungs- und haushaltstechnisch wird dies über den Bund abgewickelt, der das Geld an den Auftragnehmer auskehrt. Es handelt sich insoweit jedoch um ein reines **Durchleiten des Zahlungsstroms**. Der Bund hat zwar die Möglichkeit, die Maut zu vereinnahmen (einmal abgesehen von etwaigen Bindungen für die Mittelverwendung nach EG-Recht). Von diesem Recht macht er hinsichtlich des als A-Modell vergebenen Konzessionsabschnitts keinen Gebrauch. Somit fließt der Nutzen der Verfügbarkeit des Streckenabschnitts für den allgemeinen Verkehr dem Auftragnehmer zu.

Wesensmerkmal einer Nutzung ist gemäß § 100 BGB, dass der Vorteil aus dem Gebrauch der Sache fließt. Typischer Fall ist es, wenn dem Auftragnehmer das Recht eingeräumt wird, ein Gebäude selbst zu beziehen, um den Raumwert zu nutzen, oder (unter-) zu vermieten, um den Mietwert zu nutzen. Beim Autobahnstreckenabschnitt kommt als **Nutzwert der Sache** der Verkehrswert in Betracht, der hier jedoch nicht direkt genutzt wird, sondern nur mittelbar über den Mautwert der Strecke. Jedes mautpflichtige Fahrzeug muss die Gebühr für das Befahren der Strecke entrichten. Dieser Wert des Bauwerks fließt dem Auftragnehmer über die Toll Collect GmbH und den Bund zu. Damit wird ihm das Recht eingeräumt, diesen Wert der Sache zu nutzen. Dass die gesetzlich festgelegte Höhe der Maut vom Auftragnehmer nicht beeinflusst werden kann, ist dabei unbeachtlich. Maßgeblich ist, dass der **Wert aus dem Bauwerk** gezogen wird..

(iii) Nutzung des Mautwertes der Autobahn

Es kommt daher maßgeblich darauf an, dass dem Konzessionsnehmer tatsächlich die **Mauteinnahmen** zustehen, da es sich nur bei diesen um die Gebrauchsvorteile handelt. Es ist zwar nicht schädlich, dass neben dem Nutzungsrecht auch ein Preis gezahlt wird. Wird das Nutzungsrecht jedoch erheblich eingeschränkt, kann der Konzessionscharakter verloren gehen, da die Zahlung des Bundes dann aus von der Sache unabhängigen Mitteln erfolgt: sei es aus Mautmitteln für andere Streckenabschnitte, also nicht für das Bauwerk, an dem der Auftragnehmer gearbeitet hat; sei es aus sonstigen Haushaltsmitteln. Oder der Nutzwert wird vom Konzessionsgeber abgeschöpft und steht dem Konzessionsgeber insoweit nicht als Gegenleistung zu. Daher wird zu Recht im Grünbuch der Europäischen Gemeinschaften zu öffentlich-privaten Partnerschaften³⁷ darauf hingewiesen, dass Voraussetzung einer Konzession sowohl das **Nutzungsrecht** als auch **seine natürlichen Folgen**, nämlich der Transfer der mit der Nutzung verbundenen Risiken sind³⁸. Werden dem Konzessionsnehmer nämlich die Nutzungsrisiken abgenommen, handelt es sich nicht mehr um einen Vorteil, der aus der Sache dem Auftragnehmer zufließt, sondern um eine als Gegenleistung für die Bauleistung vereinbarte Geldzahlung.

³⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 30.04.2004, KOM (2004) 327, nachfolgend: „Grünbuch ÖPP“.

³⁸ Grünbuch ÖPP, Rn. 36.

(iv) Grenzen für die Übertragung des Nutzungsrisikos

Somit bleibt zu klären, bis zu welchem Grad eine **Loslösung der Vergütung** des Auftragnehmers **von den** tatsächlichen **Mauteinnahmen** des Bundes möglich erscheint oder in wie weit an dem Prinzip der vollständigen Weiterleitung der Mauteinnahmen durch den Bund im Sinne eines Inkassos festgehalten werden muss, um den Konzessionscharakter des Vertrages zu wahren.

Hierbei wird man es als zulässig ansehen müssen, wenn der Vertrag **Korrekturmechanismen** für den Fall vorsieht, in dem die geschäftliche Grundlage der Vereinbarung aus Gründen beeinflusst wird, die von den Vertragsparteien weder vorhersehbar waren noch beeinflussbar sind und ein Festhalten an der bisherigen Regelung unerträglich erscheinen lassen. Denn das Anpassungsrecht ist in solchen Fällen bereits gesetzlich mit dem Institut der Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB normiert. Wenn die Parteien vertraglich Mechanismen zur Regelung dieser Sachverhalte bereits in den Vertrag aufnehmen, kann dies nicht zu einer Änderung der typologischen Einordnungen des Vertrages führen, da sie die ohnehin beachtliche gesetzliche Regelung nur vorwegnehmen.

Des Weiteren wird man Korrekturmechanismen auch dann für zulässig halten müssen, wenn der Auftraggeber im Rahmen seiner hoheitlichen Gewalt eigenständig auf die Grundlage der Maut Einfluss nimmt und so von sich aus die vertragliche Grundlage von Leistung und Gegenleistung verschiebt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber durch Gesetzesänderungen die Höhe der Mauteinnahmen ändert oder durch hoheitliche Maßnahmen grundlegend Einfluss auf das Verkehrsaufkommen nimmt, ohne dass dies durch den Auftragnehmer beeinflussbar wäre.

Dementsprechend sieht auch der Musterkonzessionsvertrag für das A-Modell nur für Fälle, wie sie vorstehend beschrieben sind, eine Anpassung der Mautweiterleitung oder Kompensationszahlungen vor³⁹. Insbesondere erfolgt eine Kompensationszahlung für ein verringertes Verkehrsaufkommen nur für die Fälle, in denen der Auftraggeber faktischen Einfluss ausgeübt hat.

Seine Grenze findet die Zulässigkeit der Korrekturmechanismen aber dort, wo dem Auftragnehmer das ihm obliegende, durch die Nutzung bestimmte vertragstypische Risiko teilweise abgenommen wird. Dieses Risiko liegt in dem vom Auftraggeber nicht beeinflussten Verkehrsaufkommen. Eine vertragliche Regelung, die dieses Risiko eingrenzt oder abschwächt, führt dazu, dass die vertraglich vereinbarte Vergütung nicht mehr mit den aus der Nutzung resultierenden Gebrauchsvorteilen übereinstimmt.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Frage aufgeworfen worden, inwieweit sich die Einführung eines für die Weiterleitung der Maut maßgeblichen **Verkehrskorridors** auf die Einordnung des Vertrags als Baukonzession auswirkt. Die Bezeichnung eines Korridors meint hierbei zum einen die Festlegung eines Mindestverkehrsaufkommens unterhalb dessen eine Kompensationszahlung an den Auftragnehmer erfolgt und zum anderen ein Maximalverkehrsaufkommen, für das der Auftraggeber höchstens die Mauteinnahmen verlangen kann. Übersteigt das Verkehrsaufkommen diesen Maximalwert, kann der Auftragnehmer für den überschießenden Teil keine Mautweiterleitung verlangen.

Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen muss bezweifelt werden, dass eine Vergütungsregelung, die sich an einem Verkehrskorridor bemisst, dem Konzessionscharakter des Vertrags entspricht. Die Abschöpfung des Gebrauchsvorteils oberhalb eines Maximalverkehrsaufkommens zulasten des

³⁹ Musterkonzessionsvertrag zum A-Modell „konventionelle Planung“, §§ 40, 41.

Auftragnehmers führt gerade dazu, dass von einer Nutzungsüberlassung nicht mehr gesprochen werden kann. Insbesondere aber wird der Auftragnehmer vom Nutzungsrisiko entlastet. Die **Einführung eines Verkehrskorridors** würde unseres Erachtens dazu führen, dass der Vertrag als **Bauvertrag** einzuordnen wäre mit der Konsequenz, dass die für das Vergabeverfahren anwendbaren Vorschriften und die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens anders beurteilt werden müsste.

(v) Beachtlichkeit von Veränderungen während Vergabeverfahren

Dieser Konzessionscharakter und insbesondere die Verteilung des Nutzungsrisikos müssen im Rahmen des gesamten Vergabeverfahrens beibehalten werden. Die Vergabekammer Berlin hat in dem Beschluss vom 31.05.2000 (Az. VK-B2-15/00) zur Baukonzession für das Berliner Olympiastadion entschieden, dass insbesondere auf den **Verbleib des unternehmerischen Risikos beim Auftragnehmer** abzustellen ist. In jenem Fall hatte der Auftraggeber die Leistung zunächst unter maßgeblicher Zuweisung der unternehmerischen Risiken auf den Auftragnehmer ein nichtoffenes Verfahren begonnen. Nachdem er jedoch keine annehmbaren Angebote erhalten hatte, wechselte er in das Verhandlungsverfahren über. Im Rahmen dieser Verhandlungen akzeptierte der Auftraggeber dann ein Finanzierungskonzept, nach dem die öffentliche Hand die maßgebliche finanzielle Belastung des Vorhabens tragen sollte. Nach der Entscheidung der Vergabekammer hatte sich der Gesamtcharakter des Auftrags damit in einen Bauvertrag geändert. Die Kammer sah hierin eine unzulässige grundlegende Änderung und damit einen Vergaberechtsverstoß.

Das durch das Gutachten A-Modell gefundene Ergebnis wird bestätigt. Bei der definitorischen Abgrenzung der Baukonzession vom Bauleistungsvertrag ist vor allen Dingen auf die **Übertragung der wirtschaftlichen Ertragsnutzung** abzustellen. Solange das unternehmerische Risiko für die Nutzung des Mautwerts der jeweiligen Autobahnstrecken beim Konzessionsnehmer liegt, wird man den abzuschließenden Vertrag als **Baukonzession** einordnen müssen. Dies ist auch im Rahmen der Verhandlungen mit Bietern sicher zu stellen.

2.3 Anwendbare Vergabevorschriften

Auf der Grundlage dieser Einordnung sind die anwendbaren Vergabevorschriften zu bestimmen.

2.3.1 Europarechtliche Vorschriften

Mit Veröffentlichung im EU-Amtsblatt L 134, S. 114 ff. ist am 30.04.2004 die einheitliche **Vergabekoordinierungsrichtlinie** in Kraft getreten. Die bisherigen Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG werden nach Art. 82 der Vergabekoordinierungsrichtlinie zum 31.01.2006 aufgehoben und durch die Regelungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie ersetzt.

Den Mitgliedsstaaten ist aufgegeben, die Vergabekoordinierungsrichtlinie bis spätestens zum 31.01.2006 umzusetzen. Der Umsetzungsaufwand erscheint in Bezug auf die Vorschriften zur Baukonzession allerdings nicht allzu groß. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie fasst zwar die Vorschriften im Bereich öffentlicher Baukonzession im Gegensatz zur bisherigen Gesetzgebung in einem eigenen Titel III., Art. 56 ff. zusammen, ohne aber wesentliche inhaltliche Änderungen vorzunehmen. Lediglich hinsichtlich des Verfahrens zur Bekanntmachung sind wenige Änderungen im Detail vorgenommen worden. Der bisherige Schwellenwert von 5.000.000 Euro ist auf 6.242.000 Euro angehoben worden. Neu sind zudem die Regelungen des Art. 61 Vergabekoordinierungsrichtlinie, wonach unter einschränkenden Voraussetzungen zusätzliche Arbeiten, die der Auftraggeber an den Konzessionär vergibt und die mit dem ursprünglichen Konzessionsentwurf im sachlichen Zusammenhang stehen, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Da die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist, muss die Vergabekoordinierungsrichtlinie noch nicht umgesetzt werden. Die Änderungen müssen jedoch bis zum 31.01.2006 in Kraft gesetzt werden.

2.3.2 Nationale Vorschriften

Auf nationaler Ebene gilt das Kaskadenprinzip des Vergaberechts. Da bei den in Betracht kommenden Projekten die Schwellenwerte sowohl nach der derzeitigen Rechtslage als auch nach Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinie überschritten werden, ist gemäß § 6 Satz 1 VgV der 2. Abschnitt des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) anwendbar. Danach sind zusätzlich zu den vergaberechtlichen Basisparagrafen die Bestimmungen der bisherigen Baukoordinierungsrichtlinie in den sog. a-Paragrafen umgesetzt. Demnach sind in **§ 32a VOB/A** die europarechtlichen Vorgaben auf die in der Baukoordinierungsrichtlinie enthaltenen Anforderungen beschränkt.

Hierbei handelt es sich um die Vorschriften über die Bekanntmachung in § 32 a Nr. 1 Abs. 2 bis 4 VOB/A i.V.m. § 17 a Nr. 2 VOB/A. § 32 a Nr. 2 und Nr. 3 VOB/A enthalten zusätzliche vergaberechtliche Anforderungen an die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch den Baukonzessionsnehmer. Diese Anforderungen gelten nur bei der Vergabe von Bauaufträgen, nicht bei der Vergabe von Dienstleistungs- oder Lieferaufträgen, die keine Bauleistungen sind⁴⁰. Als Dritte gelten nicht die sonstigen Mitglieder eines Bieterkonsortiums und auch keine verbundenen Unternehmen⁴¹. § 32 a Nr. 2 und Nr. 3 VOB/A differenzieren zwischen privaten und öffentlichen Baukonzessionsnehmern. Ginge man bei Anwendung dieser Bestimmungen von § 98 Nr. 6 GWB aus, wonach alle Baukonzessionsnehmer öffentliche Auftraggeber wären, liefe die Regelung in § 32 a Nr. 2 VOB/A und die in diesen Bestimmungen angelegte Differenzierung leer. Zu Recht geht das Gutachten A-Modell daher davon aus, dass § 32 a Nr. 3 VOB/A nur auf die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber (im Sinne des § 98 Nr. 1 bis 3 GWB) anzuwenden ist⁴².

Damit verbleibt es aber insbesondere auch bei der Regelung des § 32 VOB/A, der den Normanwendungsbereich für den Baukonzessionsvertrag auf nationaler Ebene noch einmal klar stellt. Demnach finden für die Vergabe von Baukonzessionen die **§§ 1-31 VOB/A „sinngemäß“** Anwendung.

Das Gutachten A-Modell zieht aus dieser sinngemäßen Anwendung der Vorschriften die Konsequenz, dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Basisparagrafen zwingend anwendbar seien⁴³. Das Gutachten hält zunächst diejenigen Regelungen für anwendbar, die auf den stets zu beachtenden allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen und den Regelungen des EG-Vertrags beruhen. Es werden die §§ 2 Abs. 2, 8 Abs. 1, 9, 16, 17, 17 a Nr. 2 und 25 VOB/A genannt.

Weiter wird vertreten, dass andere Regelungen auf Grund der Eigenart des Konzessionsvertrages im Regelfall auszuscheiden haben, namentlich § 4 Nr. 2 und 3, § 5 und § 6 VOB/A.

Eine **Unterteilung der Baukonzession in Lose** erscheint bei den Betreibermodellen aus wirtschaftlichen und technischen Gründen sowie aufgrund der Eigenart des Konzessionsvertrages **nicht angebracht**. Daher sollte in die Aufforderung zur Angebotsabgabe kein Losvorbehalt im Sinne von § 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. o) VOB/A aufgenommen werden, es sei denn, dass sich eine Aufteilung für einzelne Bauprojekte ausnahmsweise als wirtschaftlich und technisch sinnvoll herausstellt.

Gegen eine sachliche („vertikale“) Teilung der Baukonzessionsleistung in die verschiedenen Leistungsabschnitte Bau, Erhaltung und Betrieb spricht bereits, dass die Anschubfinanzierung lediglich für die Realisierung des Projekts (Bau) geleistet wird, so dass zwangsläufig ein

⁴⁰ Im Ergebnis ebenso: A-Modell-Gutachten, Teil IV Ziffer 13.2.

⁴¹ Näher hierzu: A-Modell-Gutachten, Teil IV Ziffer 13.1.

⁴² Näher: A-Modell-Gutachten, Teil IV Ziffer 13.1.

⁴³ Gutachten A-Modell, Teil IV. Ziffer 1.2

Ungleichgewicht zwischen den einzelnen Loseanteilen entstehen würde. Im Übrigen wäre eine derartige Aufteilung auch nicht geeignet, ein Höchstmaß an Wirtschaftlichkeit der Angebote zu erreichen. Denn dadurch würde gerade der im Konzessionsvertrag angelegte Zweck der Nutzungsüberlassung auf Zeit vereitelt. Die Überlassung der Fernstraßen und Bauwerke zur wirtschaftlichen Nutzung soll dem Konzessionsnehmer gerade die Möglichkeit geben, durch technische und wirtschaftliche Innovationen besondere Realisierungspotenziale auszuschöpfen, die der öffentlichen Hand nicht gegeben sind. Die im Wesen der Nutzungsüberlassung begründeten gewünschten Synergieeffekte würden gerade nicht erreicht, wäre der einzelne Konzessionsnehmer eines Leistungsabschnitts während der Errichtung und der Unterhaltung des Bauwerks gezwungen, seine Maßnahmen mit von ihm unabhängigen anderen Fachunternehmen abzustimmen. Im Hinblick auf den Autobahnbau wurde die Gesamtvergabe insbesondere als gerechtfertigt anerkannt, wenn besondere zeitliche Zwänge bestehen und sie eine schnellere Aufgabenerfüllung erwarten lässt⁴⁴.

Auch eine räumliche („horizontale“) Aufteilung der Konzession in Streckenabschnitte würde sich negativ auf die Wirtschaftlichkeit der Angebote auswirken. Wie die vorliegenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Rahmen der Realisierungsstudien ergeben haben, würde eine weitere Untergliederung dazu führen, dass der Handlungsspielraum des mit dem einzelnen Streckenabschnitt jeweils beauftragten Konzessionsnehmers durch die Notwendigkeit begrenzt wäre, sich nach den technischen Gegebenheiten sowie den jeweils erreichten Fortschritt des angrenzenden Bauabschnitts zu richten. Sowohl hinsichtlich der Realisierungsleistung als auch hinsichtlich der Erhaltungs- und Betriebsleistungen wäre eine weitere Segmentierung der Strecken wirtschaftlich nicht darstellbar. Einsparpotenziale werden sich vielmehr dann ergeben, wenn dem einzelnen Konzessionsnehmer die Gesamtverantwortung für einen ganzen Streckenabschnitt übertragen wird, der den Aufbau entsprechender personeller und sachlicher Kapazitäten zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen und wirtschaftlich darstellbaren Ablaufs erlaubt.

Diesem Ergebnis steht weder der allgemein-vergaberechtliche Grundsatz vom Vorrang der Vergabe nach Losen, noch die bieterschützenden Bestimmungen in § 4 Nr. 2 bzw. Nr. 3 VOB/A entgegen. Sowohl § 4 Nr. 2 VOB/A, wonach umfangreiche Bauleistungen „möglichst“ in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden bzw. § 4 Nr. 3 VOB/A, wonach Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebranchen „in der Regel“ nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben sind, haben keinen zwingenden Charakter. Gerade wirtschaftliche oder technische Gründe (§ 4 Nr. 3 S. 1 VOB/A) können eine gesamtwirtschaftliche Vergabe rechtfertigen. Auch § 97 Abs. 3 GWB, wonach mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Lose angemessen zu berücksichtigen sind, enthält kein allgemeines Gebot zur Vergabe nach Losen im Sinne einer Handlungspflicht.

Eine Aufteilung in Lose wird sich folglich in der Regel als unwirtschaftlich herausstellen. Die Entscheidung darüber, ob eine Losunterteilung erfolgt oder nicht, sollte jedoch trotzdem in jedem einzelnen Fall erst nach Berücksichtigung sämtlicher relevanter technischer, wirtschaftlicher und tatsächlicher Gegebenheiten getroffen werden. Erforderlich ist im Übrigen stets eine hinreichende Dokumentierung dieser Einschätzung im Hinblick auf die Rechtfertigung in einem eventuellen Nachprüfungsantrag.

Für alle übrigen Basis-Paragrafen stellt sich das Gutachten A-Modell auf den Standpunkt, dass deren Geltung „nicht mit vertretbarer Sicherheit ausgeschlossen“ werden könne. Man empfiehlt, aus Gründen der Risikovermeidung eine grundsätzliche Anwendung⁴⁵.

Diese Beurteilung erscheint bei näherer Betrachtung als zu vage. Wenn der nationale Gesetzgeber in § 32 VOB/A die Anwendung der §§ 1-31 VOB/A für Vergaben von Baukonzessionen sinngemäß vorschreibt, so bringt er damit zum Ausdruck, dass er zwar die Besonderheiten des Baukonzessionsvertrages Berücksichtigung finden lassen will, aber die Geltung dieser Vorschriften im Übrigen für verbindlich erklärt. Unter Berücksichtigung der sinngemäßen Anwendung muss daher die Anwendung der §§ 1-31 VOB/A als zwar sinngemäß, aber doch zwingend vorausgesetzt werden. Nur dort, wo sachlogisch auf Grund der Eigenarten

⁴⁴ Vergabekammer Arnsberg, Beschl. v. 13.08.1999, VK 11/99, IBR 2000, 402.

⁴⁵ Gutachten A-Modell, Ziffer IV.1.2.

des Baukonzessionsvertrages eine Anwendung der Vorschriften ausscheidet, darf die entsprechende Norm unberücksichtigt bleiben. Dort, wo der Sinn und Zweck der entsprechenden Vorschrift aber unter geltungserhaltender Anpassung auch bei dem Baukonzessionsvertrag erreicht werden kann, muss unserem Erachten nach entsprechend verfahren werden.

Im Rahmen der vorliegenden Pilotprojekte ist daher grundsätzlich von einer **Geltung aller Basisparagrafen des zweiten Abschnitts der VOB/A** auszugehen. Positiv bestätigt wird diese Auffassung hinsichtlich einiger Vorschriften durch die nationale Rechtsprechung.

Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg hat bestätigt, dass auch im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens für die Vergabe einer Baukonzession die Eignungsprüfung des § 8 Nr. 4 VOB/A, also die Prüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bereits nach Eingang des Teilnahmeantrags zu erfolgen hat⁴⁶. In der gleichen Entscheidung hat die Vergabekammer bestätigt, dass der Konzessionsgeber nach § 30 VOB/A auch bei Vergaben von Baukonzessionen die Obliegenheit hat, einen Vergabevermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgeblichen Feststellungen sowie die Begründungen der einzelnen Entscheidungen enthält⁴⁷.

Der Konzessionsgeber hat unabhängig von der gewählten Vergabeart nach § 9 Nr. 1 VOB/A die Pflicht, die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen. Das Oberlandesgericht Brandenburg hat bestätigt, dass dieser Grundsatz auch für die Vergabe von Baukonzessionen gilt⁴⁸.

Auch die Informationspflichten des § 27 VOB/A bzw. des § 13 VgV gelten bei der Vergabe von Baukonzessionen⁴⁹.

Es ist darauf hinzuweisen, dass sachlogisch eine Anwendung insbesondere des § 10 VOB/A nicht ausgeschlossen erscheint. Dies bedeutet, dass im Hinblick auf die Bauleistungen die vertragliche Beziehung zum Konzessionsnehmer auf die im Wesentlichen unveränderte Form der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) zu stellen ist. Es wäre unseres Erachtens unzulässig, von diesen Vertragsbedingungen wesentlich abzuweichen, soweit dies nicht auf Grund des sich an den Errichtungszeitraum anschließenden Nutzungszeitraum erforderlich erscheint. Auf einzelne Normen der VOB/B kann nur auf Grund des Charakters der Baukonzession und des sich an den Errichtungszeitraum anschließenden Betrieb durch den Konzessionsnehmer verzichtet werden.

2.4 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens

Auf der Grundlage der vorgenannten Einordnungen ist die Zulässigkeit der Durchführung strukturierter Verhandlungsverfahren für die beabsichtigten Pilotprojekte zu erörtern. Das Gutachten F-Modell schlägt zwar bei Projekten mit konventioneller Planung, also bei Durchführung des Vergabeverfahrens nach rechtskräftigem Abschluss des öffentlich-rechtlichen Planfeststellungsverfahrens, eine Vergabe mit nichtoffener Ausschreibung vor. Das Verhandlungsverfahren wird aber ebenfalls grundsätzlich für zulässig erachtet⁵⁰. Die Empfehlung für ein nichtoffenes Verfahren erfolgte nur, um das Risiko einer Überprüfung der Vergabe zu minimieren. Ebenso sieht das Gutachten A-Modell bei Baukonzessionen mit konventioneller Planung die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens als richtlinienkonform und zulässig an⁵¹.

⁴⁶ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschl. v. 14.01.2002, 203-VgK-22/2001.

⁴⁷ Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg, Beschl. v. 14.01.2002, 203-VgK-22/2001.

⁴⁸ OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.1999, 6 Verg 1/99.

⁴⁹ Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschl. v. 19.12.2000, Verg 7/00.

⁵⁰ Gutachten F-Modell, 2. Teil Ziffer A.VI.2.b.aa.

⁵¹ Gutachten A-Modell, Ziffer IV.2.3.1.

2.4.1 Europarechtliche Zulässigkeit

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht bestehen keine Bedenken gegen die Durchführung eines strukturierten Verhandlungsverfahrens. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie enthält für Baukonzessionsverträge in den Art. 56 ff. nur Vorgaben für die Bekanntmachungspflichten des Auftraggebers. Die Durchführung einer Ausschreibung ist gerade nicht in diesen Vorgaben enthalten. Dies hat auch die Europäische Kommission zuletzt im Grünbuch ÖPP bestätigt⁵².

Dementsprechend ist auch § 3a VOB/A, wie aus § 32a VOB/A ersichtlich wird, nicht anwendbar.

2.4.2 Nationale Zulässigkeit

Nach der Vorgabe des § 32 VOB/A erlangt jedoch § 3 VOB/A zwingende Gültigkeit. Sachliche Gründe, diese Vorschrift für Baukonzessionen nicht sinngemäß Anwendung finden zu lassen, bestehen nicht. Nach **§ 3 Nr. 4 VOB/A** ist eine **freihändige Vergabe** und damit das hier beabsichtigte strukturierte Verhandlungsverfahren nur zulässig, wenn die insoweit Vorrang genießenden **Ausschreibungen unzweckmäßig** erscheinen. § 3 Nr. 4 lit a) bis f) VOB/A nennt sechs Regelbeispiele, wann eine solche Unzweckmäßigkeit vermutet werden kann. In Betracht kommt hier zunächst lediglich das Regelbeispiel in § 3 Nr. 4 lit. b). Danach ist eine Ausschreibung dann unzweckmäßig, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann.

An dem Vorliegen dieses Regelbeispiels kann insbesondere dann gezweifelt werden, wenn die Bauausführung auf der Grundlage feststehender und rechtskräftig festgestellter öffentlich-rechtlicher Planung vergeben werden soll (Konventionelle Planung). Mit guten Gründen wird man dann vertreten, dass die vom Konzessionsnehmer abgeforderten Leistungen sich jedenfalls funktional im Sinne des § 9 VOB/A beschreiben lassen. So kommt auch das Gutachten A-Modell⁵³ zu dem Ergebnis, dass zumindest bei konventioneller Planung das Regelbeispiel in § 3 Nr. 4 lit. b) VOB/A nicht gegeben sei.

Die Aufzählung innerhalb des **§ 3 Nr. 4 VOB/A** ist jedoch **nicht abschließend**⁵⁴. Die Unzweckmäßigkeit einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung kann sich auch aus anderen Sachargumenten ergeben. Das Gutachten A-Modell weist hier insbesondere auf die in der Praxis zu erwartende komplexe Regelung der Risikoordnung zwischen Konzessionsnehmer und Konzessionsgeber hin. Die Gutachtergruppe ist der Meinung, dass auf Grund der für den Konzessionsnehmer nur schwer kalkulierbaren Risiken innerhalb der Betriebsphase und unter Berücksichtigung der benötigten Fremdfinanzierung individuelle Verhandlungen mit dem Konzessionsnehmer über angemessene Haftungsgrenzen für die Projekte zwingend voraussehbar seien. Unter dem Verdikt des Verhandlungsverbotes nach § 24 Nr. 1 VOB/A wäre bei öffentlichen oder beschränkten Ausschreibungen vorzusehen, dass eine rechtmäßige Gestaltung von Ausschreibungen nicht möglich erscheine.

Demgegenüber hat die Europäische Kommission zuletzt darauf hingewiesen, dass das Verhandlungsverfahren nach der Baukoordinierungsrichtlinie als Ausnahmeregelung u. a. nur dann zulässig erscheine, wenn es sich bei dem Auftrag „um Arbeiten handelt, die ihrer Natur nach oder der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen“⁵⁵. Die Europäische Kommission hat hierzu ausgeführt, dass das Verhandlungsverfahren nicht für Fälle gedacht sei, in denen andere Unwägbarkeiten auftreten, etwa Probleme mit der vorherigen Preisfestlegung auf Grund der Tatsache, dass die rechtliche und finanztechnische Konstruktion sehr komplex ist. So lässt sich der Argumentation der Gutachtergruppe zum A-Modell entgegenhalten, dass die finanztechnische und vertragsrechtliche Komplexität der beabsichtigten Infrastrukturprojekte im Zusammenspiel von Konzessionsgeber, Konzessionsnehmer, Drittfinanzierer und Subunternehmer zumindest aus

⁵² Grünbuch ÖPP, Rn. 28.

⁵³ Gutachten A-Modell, Ziffer IV.2.3.1.

⁵⁴ Gutachten A-Modell, Ziffer IV.2.3.1.

⁵⁵ Ähnlich jetzt auch Art. 30 Abs. 1 b der Vergabekoordinierungsrichtlinie.

gemeinschaftsrechtlicher Sicht gerade für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens kein Argument liefert.

Zu beachten ist jedoch, dass sich diese Aussagen der Europäischen Kommission nicht auf die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens für Baukonzessionen beziehen. Für Bauverträge wird das Verhandlungsverfahren nur zugelassen, wenn es sich um Arbeiten handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht erlauben. Diese Anforderung hat in § 3a Nr. 4 c) VOB/A Niederschlag gefunden. Diese strenge Anforderung für Bauaufträge gilt gemäß § 32a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht für Baukonzessionen. Für Baukonzessionen sind die Anforderungen des EG-Rechts nicht in dieses enge rechtliche Korsett gefasst. Nach deutschem Recht ist nur § 3 Nr. 4 VOB/A zu beachten.

Es lassen sich zahlreiche Gründe dafür anführen, weshalb es nicht zweckmäßig ist, eine Baukonzession, wie sie nach dem A-Modell bzw. dem F-Modell vorgesehen ist, öffentlich oder beschränkt auszuschreiben.

(a) Charakter als BOT-Projekt

Den Betreibermodellen liegt der **Lebenszyklusgedanke** zu Grunde. Dem Konzessionsnehmer wird nicht nur die Errichtung oder der Ausbau, sondern auch die **Erhaltung und der Betrieb** des Bauwerks und der Konzessionsstrecke für eine langjährige Periode von rund 30 Jahren zur Ausübung übertragen. Der Konzessionsnehmer soll im Rahmen einer **öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP)** eine öffentliche Aufgabe komplett übernehmen einschließlich der damit verbundenen Risiken. Hierdurch wird der Konzessionsnehmer zu einer ganzheitlichen Betrachtung gezwungen. Er muss Bau, Betrieb und Unterhaltung des Bauwerks insgesamt kalkulieren und kann die Belange der jeweiligen Teilleistung bei der Gestaltung der anderen Teilleistungen berücksichtigen, um auf diese Weise bestmögliche potenzialSynergiepotenziale zu heben. Insoweit ist die Kompetenz des Konzessionsnehmers und dessen Kreativität gefordert. Dabei können die Lösungen je nach Bieter unterschiedlich ausfallen. Beispielsweise kann ein Bieterkonsortium mit besonderer Kompetenz im Betrieb die Schwerpunkte insbesondere dort legen und neue Ideen entwickeln, während ein anderes Bieterkonsortium etwa den Schwerpunkt im Bereich Bau und/oder bauliche Erhaltung hat. Nur, wenn die Möglichkeit besteht, dies im Rahmen von Verhandlungen auszuloten, können diese Potenziale vollumfänglich genutzt werden. Die Verhandlungen ermöglichen einen Wettbewerb, dessen Ergebnis durch eine vorherige Durchplanung und anschließende Ausschreibung des aus Sicht des Planers bestmöglichen Projekts nicht optimal antizipiert werden kann. Sinn und Zweck dieses ÖPP-Modells ist es, diesen Wettbewerb anzuregen.

(b) Bestmögliche Risikoallokation

Eines der Wesensmerkmale der Betreibermodelle ist die **Verlagerung von Risiken auf den Privaten**, die bei der konventionellen Ausschreibung die öffentliche Hand tragen würde. Eine komplette Abwälzung der Risiken ist nicht möglich, da die Risiken nur bedingt von den Privaten beeinflusst werden können. Dem stünde auch § 9 Nr. 2 VOB/A entgegen, wonach dem Auftragnehmer keine ungewöhnlichen Wagnisse aufgebürdet werden dürfen für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat. Letztlich gebietet dies auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, da eine übermäßige Abwälzung von Risiken vom Bieter bepreist werden müsste und daher das Projekt verteuert. Zudem würde hierdurch die Finanzierbarkeit in Frage gestellt, da die Banken nur bedingt bereit sind, Risiken zu akzeptieren, die von ihrem Kreditnehmer nicht beherrscht werden können. Inwieweit die Risiken abgewälzt werden können, ist im Rahmen der Verhandlungen auszutarieren. Je nach Kompetenz, Erfahrung und technischer Ausstattung eines Bieterkonsortiums besteht unterschiedliche Möglichkeit und Bereitschaft, verschiedene Risiken zu übernehmen. Bestimmte Risiken können für den einen Bieter akzeptabel sein, für den anderen dagegen ein Problem darstellen. Außerdem sind ggf. Regelungen zu finden, die das Risiko begrenzen oder ausgestalten. Dies lässt sich im Vorhinein nicht abschließend planen. Auch insoweit

muss Verhandlungsspielraum eingeräumt werden, in dem sich die öffentliche Hand und die Bieter zur Vereinbarung einer möglichst optimalen Lösung finden.

Im Ergebnis ist den Gutachten A- und F-Modell somit zuzustimmen, dass das Verhandlungsverfahren notwendig ist, da die öffentliche und die beschränkte Ausschreibung nicht zweckmäßig sind.

2.5 Wettbewerblicher Dialog als Alternative?

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht der durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie als selbständige vierte Vergabeart eingeführte wettbewerbliche Dialog eine vergaberechtlich sichere Alternative zum Verhandlungsverfahren darstellt.

Der europäische Gesetzgeber will mit diesem Verfahren bei Vergaben, in denen die Anwendung des offenen oder nicht offenen Verfahrens (bzw. öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung) auf Grund der Komplexität des Projektes nicht möglich ist, ein flexibles Verfahren an die Hand geben, dass einerseits den fairen Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern gewährleistet und andererseits dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, alle Aspekte des Auftrages mit jedem Bewerber zu erörtern⁵⁶. Den Mitgliedsstaaten soll ein Verfahren an die Hand gegeben werden, das einerseits eine Beibehaltung strukturierter Auswahlmethoden vorsieht, andererseits aber ausreichend flexibel ist, um Gespräche mit den Bietern unter Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung zu ermöglichen⁵⁷.

Das neue Vergabeverfahren führt auf der Grundlage der in Art. 28 ff. Vergabekoordinierungsrichtlinie enthaltenen Regelungen zu folgendem Ablauf: Auf Grund einer obligatorischen gemeinschaftsweiten Bekanntmachung wählt die Vergabestelle aus den eingehenden Teilnehmeranträgen eine in Grenzen beschränkbare Anzahl von Bewerbern aus. Diesen leitet der Auftraggeber dann eine detaillierte Beschreibung der zu erfüllenden Aufgabe zu, aus der sich alle relevanten Informationen über den Auftrag entnehmen lassen.

Auf der Grundlage dieser Beschreibung tritt der Auftraggeber anschließend mit den gewählten Wettbewerbern in die Konsultationsphase ein, deren Ablauf durch die Vergabestelle in vorgegebenen Grenzen frei gestaltet werden kann und deren Ziel es ist, gemeinsam mit den Bietern individuelle Lösungen zu erarbeiten, die den Anforderungen und Zielsetzungen des Auftraggebers gerecht werden. Ggf. kann diese Konsultationsphase auch in mehreren Abschnitten erfolgen, so dass ungeeignete Konzepte frühzeitig ausgeschlossen werden können. Schwierig erscheint, dass der Auftraggeber bei seinen Konsultationen mit den einzelnen Bietern die vergaberechtlichen Grundsätze der Geheimhaltung, Gleichbehandlung und Transparenz miteinander vereinbaren muss. Eine allen Interessen gerecht werdende Lösung erscheint hier auf Grund der Gegensätzlichkeit dieser Grundsätze kaum möglich⁵⁸. Der Auftraggeber muss im Sinne der Gleichbehandlung und Transparenz dafür Sorge tragen, den Wettbewerbern den Stand des Dialoges mit den anderen Bietern mitzuteilen, ohne dessen Interesse an einer Geheimhaltung der von ihm erarbeiteten Lösung zuwiderzulaufen. Der sich daraus ergebende Konflikt ist offensichtlich.

Nach Abschluss der Konsultationsphase fordert der Auftraggeber die verbleibenden Bieter auf, ein endgültiges und detailgenaues Angebot vorzulegen. Nachträgliche Änderungen an diesen Angeboten durch weitere Individualverhandlungen sind grundsätzlich ausgeschlossen. Lediglich Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen, die sich nicht den Wettbewerb verfälschend und diskriminierend auswirken, dürfen nach Art. 29 Abs. 6 Vergabekoordinierungsrichtlinie durchgeführt werden. Auch hier ist die sich dadurch ergebende Abgrenzungsproblematik auffallend.

⁵⁶ 31. Erwägungsgrund der Vergabekoordinierungsrichtlinie.

⁵⁷ Grünbuch ÖPP, Rn. 26 ff.

⁵⁸ Knauff, Neues Europäisches Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 287, 292.

Im Rahmen dieser Darstellung würde es zu weit gehen, den wettbewerblichen Dialog in allen Einzelheiten darzustellen. Insofern wird auf die zu diesem Verfahren bereits ausführlich vorhandene Literatur verwiesen⁵⁹. Festgestellt werden kann aber, dass der strukturelle Ausbau des Verfahrens den wettbewerblichen Dialog grundsätzlich für die vorgesehenen Infrastrukturmaßnahmen geeignet erscheinen lässt, wenngleich seine Durchführung für die Vergabestelle und die Teilnehmer ausgesprochen aufwendig und strapaziös erscheint⁶⁰.

Indes steht dieses neue Vergabeverfahren mangels Umsetzung in nationale Vorschriften zumindest derzeit in Deutschland noch nicht zur Verfügung. § 3 VOB/A lässt den deutschen Vergabestellen bis auf weiteres nur die Auswahl zwischen den klassischen Ausschreibungsverfahren und der freihändigen Vergabe.

Überlegenswert erscheint demnach, ob nicht zur Erreichung von Synergieeffekten im Rahmen des hier für zulässig erachteten Verhandlungsverfahrens bereits heute die Grundsätze und der Verfahrensablauf des wettbewerblichen Dialogs angewendet werden sollten, um so der Umsetzung in nationales Recht durch den deutschen Gesetzgeber vorzugreifen. Auf diese Weise könnte, so mag es zunächst erscheinen, eine spätere Veränderung des sich bis zu Zeitpunkt der Umsetzung eingespielten Verfahrensablaufs vermieden werden. Dies erscheint möglicherweise insbesondere deshalb angemessen, weil der wettbewerbliche Dialog zwar nach Art. 29 Abs. 1 Vergabekoordinierungsrichtlinie gegenüber den klassischen Ausschreibungen subsidiär ist, gegenüber dem Verhandlungsverfahren aber nach Art. 30 Abs. 1 lit a) Vergabekoordinierungsrichtlinie Vorrang genießt. Soweit dies in nationales Recht umgesetzt wird, müsste davon ausgegangen werden, dass ein Verhandlungsverfahren jedenfalls dann unzulässig ist, wenn ein wettbewerblicher Dialog für die jeweilige Ausschreibung möglich erscheint.

Es gilt aber zu berücksichtigen, dass die Vergabekoordinierungsrichtlinie die Einführung des wettbewerblichen Dialogs in den Mitgliedsstaaten nicht zwingend vorschreibt. Art. 29 Abs. 1 Vergabekoordinierungsrichtlinie stellt die Umsetzung dieses Dialogs nur anheim. Der deutsche Gesetzgeber ist in seiner Entscheidung frei, ob er dieses neue Verfahren in Deutschland einführen möchte⁶¹. Eine Umsetzung des gewerblichen Dialogs in nationale Vorschriften kann daher nicht mit Sicherheit vorausgesehen werden⁶².

Der mit einer Anpassung des Verhandlungsverfahrens an den wettbewerblichen Dialog verbundene Aufwand bei Vergabestelle und Wettbewerbern wäre daher dann umsonst, wenn sich der Gesetzgeber gegen eine solche Umsetzung in Deutschland entscheidet. Auch muss betont werden, dass das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedsstaaten auch innerhalb der Ausgestaltung des neuen Vergabeverfahrens Freiräume eingeräumt hat, von denen nicht vorhergesehen werden kann, wie sie der deutsche Gesetzgeber ausnutzen wird.

Eine Vorwegnahme der möglichen Einführung des wettbewerbsrechtlichen Dialogs erscheint angesichts des damit verbundenen Aufwands zumindest derzeit nicht empfehlenswert. Seine Ziele, nämlich individuelle Verhandlungen mit den einzelnen Bietern über Auftragsstrukturen zu führen, kann der Auftraggeber im Rahmen des Verhandlungsverfahrens ohnehin erreichen.

⁵⁹ Knauff, Neues Europäisches Vergabeverfahrensrecht: Wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 287 ff., Kullack/Terner, EU-Legislativprojekt: Die Neue „klassische“ Vergabekoordinierungsrichtlinie – 2. Teil, ZfBR 2004, 346, 348; Leinemann/Maibaum, Die Neue Europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge – ein Optionsmodell, VergabeR 2004, 275, 277 ff.

⁶⁰ Leinemann/Maibaum, VergabeR 2004, 275, 279.

⁶¹ Leinemann/Maibaum, VergabeR 2004, 275.

⁶² Wenngleich dies aber weitestgehend befürwortet wird, vgl. Knauff, VergabeR 2004, 287, 301; Leinemann/Maibaum, VergabeR 2004, 275, 280.

3 Analyse nationaler und internationaler Verhandlungsverfahren

3.1 Zielsetzung und Methodik

Für die Entwicklung des strukturierten Verhandlungsverfahrens sollen **vergleichbare Vergabeprozesse** von öffentlichen Auftraggebern in Deutschland und im europäischen sowie außereuropäischen Ausland analysiert werden.

Vergleichbare Vergabeverfahren im Ausland betreffen hauptsächlich **Straßenbauprojekte im Rahmen langfristiger ÖPP-Verträge**, die in der Regel Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung und individuellen Endschaftsregelungen zum Ende der Vertragslaufzeit beinhalten. Die unterschiedliche Beteiligung des Privaten am Verkehrsrisiko mit stärkerer (z.B. BOT-Modelle ähnlich dem deutschen F-Modell) oder geringerer (z. B. Schattenmautmodelle oder Modelle mit Verfügbarkeitsregelungen) Ausprägung ist ein weiteres wesentliches Merkmal. In Deutschland sind im Bereich Straßenverkehrsinfrastruktur bisher nur zwei „F-Modelle“ (Warnow- und Travequerung) vergeben worden, beide allerdings im Rahmen von „Beschränkter Ausschreibung mit vorangegangenem Teilnahmewettbewerb“ und nicht etwa in einem Verhandlungsverfahren.

Verhandlungsverfahren für ÖPP-Modelle finden sich demgegenüber in Deutschland in letzter Zeit häufiger im öffentlichen Hochbau. Obwohl sich diese Art von Projekten neben technischen Aspekten in der Bau- und Betriebsphase sowie anderen Aspekten wie z.B. typisches Investitionsvolumen vor allem im Hinblick auf den generierten Einnahmenstrom und die damit verbundenen Risiken erheblich unterscheiden, ergeben sich dennoch aus den jeweiligen Vergaben wichtige Hinweise für grundsätzliche Anforderungen an ein strukturiertes Verhandlungsverfahren in rechtlicher und organisatorischer Hinsicht.

Insgesamt wurden als Informationsgrundlage zum einen **Gutachten**⁶³, **Leitfäden**⁶⁴ und **Guidelines**⁶⁵ herangezogen, wie sie international im Zuge der Realisierung von Public-Private-Partnership (PPP)-Modellen erarbeitet wurden. Diese wurden in Hinblick auf strukturierte und gestufte Verhandlungsverfahren ausgewertet.

Des Weiteren wurden Unterlagen und Informationsquellen zu relevanten Projekten identifiziert und systematisch ausgewertet. Hierzu wurden sehr verschiedene Quellen konsultiert wie z.B.:

- **Vorabveröffentlichungen** und **laufende Berichterstattungen** zu konkreten Projekten
- Veröffentlichte **Vergabebekanntmachungen** oder **Vergabeunterlagen**
- **Vorträge** bei Veranstaltungen und Kongressen
- **Erfahrungsberichte** und Veröffentlichungen von beteiligten Auftraggebern und Auftragnehmern
- **Interviews** mit beteiligten Personen
- allgemeine **Presseartikel** sowie **Pressemitteilungen** öffentlicher Auftraggeber

Zunächst wurde ein Fragenkatalog entwickelt, der eine umfassende Informationssammlung für die als relevant identifizierten Projekte in einer Erhebungsmatrix ermöglichte. Naturgemäß sind die erhobenen und dort eingeordneten Informationen auf Grund der unterschiedlichen offiziellen und informellen Quellen nicht in allen Aspekten von gleich hoher Dichte und Verlässlichkeit. Vielmehr wurde versucht, aus einer Vielzahl von Informationen ein möglichst plausibles Bild zu erstellen. Einzelne Ideen und Lösungsansätze internationaler Verfahren zeigen nationale Möglichkeiten auf. Diese wurden zunächst vor allem im Hinblick auf strategische Überlegungen bewertet und Vor- und Nachteile herausgearbeitet.

Daraus wurden strategisch-wirtschaftliche Anregungen für Ablauf und Inhalt des strukturierten Verhandlungsverfahrens entwickelt, die sich im Wesentlichen auf das A-Modell „Konventionelle

⁶³ z.B. BMVBW (2003), PPP im öffentlichen Hochbau.

⁶⁴ z.B. Finanzministerium Nordrhein-Westfalen (2003), Public Private Partnership im Hochbau: Vergaberechtsleitfaden.

⁶⁵ z.B. Kanada (2001), Public-Private Partnerships: A Canadian Guide.

Planung“ beziehen. Auf die Spezifika des A-Modells „Ideenwettbewerb“ und „Mischmodell“ sowie die Besonderheiten des F-Modells wird an gegebener Stelle eingegangen, sofern sich Unterschiede zum A-Modell „Konventionelle Planung“ ergeben. Die rechtlichen Anforderungen für eine Übertragung auf Deutschland wurden in einem weiteren Schritt untersucht, aus dem dann gleichzeitig die Empfehlungen für den vorzulegenden Leitfaden abgeleitet werden konnten.

Dabei wurden zwar alle erhobenen Details grundsätzlich in die Untersuchung aufgenommen; die im folgenden Text vorgenommene vergleichende Bewertung beschränkt sich allerdings auf ausgewählte, besonders relevante Aspekte. Übliche Praxis wird dabei eher zusammengefasst dargestellt und nur bei spezifischen Besonderheiten sowie bei öffentlichem Zugang zu den Informationen ein direkter Projektbezug hergestellt.

Die Vorgehensweise wie auch die Gliederung ist ansonsten orientiert am Verlauf des Vergabeprozesses.

3.2 Allgemeine Fragen

Die betrachteten Projekte zeichnen sich trotz der Einschränkung auf im Wesentlichen Straßenbauprojekte durch eine starke Individualität aus. Insbesondere der **Grad der Risikoübernahme durch den Konzessionsnehmer** (z.B. Verkehrsrisiko, Baugrundrisiko, etc.), die **gewählte Finanzierung** (Struktur, Eintrittsrechte, Rückgriffsrechte, etc.) und die **Zahlungsstruktur** (z.B. DBFO-Schattenmaut, Großbritannien; Verfügbarkeitszahlungen, Norwegen; Realmaut, F-Modell, Italien, u.a.) weisen Unterschiede auf. Außerdem sind **länderspezifische Einzellösungen** durch spezielle Rahmengesetze wie in Italien (Merloni-Gesetz) zu beobachten, die einen Vergleich erschweren und nur eingeschränkte Übertragbarkeit auf Deutschland vermuten lassen.

Zu typischen Zeitplänen können nur tendenzielle Aussagen getroffen werden, da diese wesentlich von der Komplexität und dem Volumen der zu erbringenden Leistung abhängen. Besonders deutlich wird dies beim Vergleich der beispielhaft ausgewählter Vergabeverfahren in Box 1:

Box 1: Vergabedauer verschiedener Straßenprojekte		
Projekt und Inhalt	Volumen	Vergabedauer
Sierra Yoyo Desan Road, Kanada – Planung, (Aus-)Bau, Finanzierung, Erhaltung und Betrieb einer vorwiegend industriell genutzten Schotterstraße über 188 km und 15 Jahre	40 Mio. CDN\$	28 Wochen
E 39 Klett-Bardshaug, Norwegen – Planung, Bau, Finanzierung, Erhaltung und Betrieb des 27 km langen PPP-Pilotstraßenprojekts über 25 Jahre	1,2 Mrd. NOK	19 Monate
Herrentunnel Lübeck, Deutschland – Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb der Travequerung (beschränkte Ausschreibung)	161 Mio. €	24 Monate
Rion-Antirion-Brücke, Griechenland – Planung, Bau, Finanzierung, Erhaltung und Betrieb der 2,5 km langen Brücke über 42 Jahre	803 Mio. €	>48 Monate (Vom ersten Angebot bis zum Vertragsschluss)

Die Kosten auf Bieterseite und auf der Seiten der öffentlichen Hand sind weitestgehend unbekannt. Lediglich die Tendenz zu höheren Kosten bei längeren Vergabeprozessen wurde angegeben. Allerdings ist im Sinne der Gesamtwirtschaftlichkeit der Projekte ein ausreichender Zeitraum zur Bearbeitung und Durchführung der Vergabe vorzusehen. Als Vorteil für die

Vergabewirtschaftlichkeit wird eine gründliche Vorbereitung des Vergabeprozesses und des Projekts genannt.

Großprojekte, bei denen die Beteiligung internationaler Anbieter zu erwarten ist, wie etwa das ÖPP-Pilotprojekt Ostregion in Österreich, werden weltweit und ebenfalls in der EU in der Regel in einer Weltsprache ausgeschrieben, auch wenn sie nicht die Landes- oder Amtssprache ist. Damit will man den Wettbewerb erhöhen und den Bietern bestmögliche Rahmenbedingungen bieten, um ein eindeutiges, gut nachvollziehbares Angebot zu liefern. Vertragssprache blieb dabei im Sinne der Eindeutigkeit die jeweilige Landes- oder Amtssprache, während sonstige Dokumente in eine Weltsprache (zumeist Englisch) übersetzt wurden, um die Kommunikation mit internationalen Partnern (z.B. Banken) zu verbessern. Diesem Gedanken wurde z.B. in den norwegischen Pilotprojekten ebenso gefolgt wie in den Niederlanden beim HSL Zuid-Link und bei der Rion-Antirion-Brücke in Griechenland.

3.3 Auftraggeber

Die Zuständigkeit für die Vergabe von mit den A- und F-Modellen vergleichbaren Projekten hängt vom Kompetenzgefüge in den jeweiligen Staaten ab, das sehr länderspezifisch ist. Von Vorteil haben sich zentralistische Strukturen wie in Großbritannien, oder starke und kompetente föderale Verwaltungen wie in Australien erwiesen, die sich durch Eigenverantwortung auszeichnen und im Wesentlichen nur dem Finanzministerium Rechenschaft legen.

3.4 Vorbereitung des Verhandlungsverfahrens

3.4.1 Markterkundung

Große Verkehrsinfrastrukturprojekte benötigen üblicherweise langjährige Vorlaufzeiten. Den Grundstein bildet in aller Regel die **Bedarfsfeststellung**. Im Anschluss gilt es, die Planungs- und Genehmigungsverfahren durchzuführen und die erforderlichen Mittel bereit zu stellen. Für ÖPP-Projekte empfiehlt sich außerdem die Überprüfung, ob sie als solche überhaupt geeignet sind oder aber besser mit konventionellen Beschaffungsvarianten durchgeführt werden sollten. Hierzu werden besondere **Machbarkeitsstudien** und in einigen Ländern auch spezielle **Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen** z.B. im Sinne des in England entwickelten „**Public Sector Comparators (PSC)**“ erstellt. Auch in Deutschland wurden kürzlich derartige Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ausschließlich für PPP-Projekte im Hochbau entwickelt und zunehmend angewandt. Für Projekte der Straßenverkehrsinfrastruktur gibt es sie dagegen in dieser Form noch nicht.

Erfahrungen haben gezeigt, dass im Rahmen solcher Überprüfungen die geeignete Einbindung der privaten Wirtschaft erheblich zur Verbesserung der Strukturierung und allgemeinen Vorbereitung der meist sehr komplexen Projekte und ihrer Vergaben im Rahmen einer sog. „Markterkundung“ beitragen kann. Häufig besteht für den öffentlichen Konzessionsgeber die Schwierigkeit, ein „marktfähiges Produkt“ vorzugestalten, das im anschließenden Vergabeverfahren zu einem optimalen Wettbewerb und anschließend zu einer nachhaltigen, wirtschaftlich soliden Partnerschaft mit dem beauftragten Privaten führt. Idealerweise müsste der öffentliche Auftraggeber schon vor Beginn der Ausschreibung in der Lage sein, die Lösungen für ein bestmögliches Preis-Leistungs-Verhältnis (Value for Money) in großer Annäherung zu antizipieren. Jedoch ergeben sich in aller Regel insbesondere bei der Risikoverteilung, aber auch bei Aspekten wie geeignete Organisationsmodelle und Finanzierungsstrukturen, erwarteter Zuschussbedarf etc. nicht ohne Weiteres im Vorhinein erkennbare Spiel- und Handlungsräume, in denen ein erhebliches Effizienzpotenzial für den öffentlichen Auftraggeber liegt. Diese gilt es unter Beachtung vergaberechtlicher Vorgaben möglichst umfassend auszuloten und zu nutzen.

Bei der Strukturierung der ersten DBFO-Straßenprojekte in Großbritannien wurden zu diesem Zweck beispielsweise externe Berater eingeschaltet, die strukturierte Fragebögen an von ihnen ausgesuchte potenzielle Marktteilnehmer versandten. In anderen Fällen nahmen die Berater sogar zusätzlich Aufklärungsgespräche mit dem Markt auf. Durch die Sachkunde des Beraters und der ausgewählten Teilnehmer konnte eine Erörterung der geplanten Projekte auf hohem Niveau stattfinden und geeignete Lösungsvorschläge diskutiert werden. In der Regel wurden

die Ergebnisse durch den Berater eigenverantwortlich ausgewertet, aufbereitet und anschließend in anonymisierter Form an den Projektträger übergeben.

Bei anderen Projekten, wie dem High Speed Link (HSL), einem Schienenprojekt in den Niederlanden, führte ein Team aus internen und externen Fachleuten individuelle Interviews mit ausgesuchten Marktteilnehmern, um zielgerichtet und kostengünstig Informationen zu sammeln. Eine weitere Möglichkeit wurde hier mit der offiziellen Einladung im Amtsblatt der EG und der anschließenden Versendung eines „Consultation Document“ genutzt. Dadurch konnte ein quantitativ und qualitativ sehr guter Informationsrückfluss generiert werden. Allerdings lässt sich dieses gute Echo nur durch eine konsequent erkennbare Absicht zur Fortführung des Projekts erreichen. Nachteilig ist sicherlich der hohe Aufwand zur Auswertung der eingegangenen Anregungen, der daher jeweils im Verhältnis zum möglichen Nutzen stehen sollte (siehe Box 2).

Box 2: Erfahrungen aus Markterkundungen am Beispiel HSL Zuid Niederlanden⁶⁶

Die niederländischen Gesprächspartner der öffentlichen Hand zogen folgendes Resümee:

- Das Interesse der Privatwirtschaft kann relativ leicht erzeugt werden.
- Die beteiligten Regierungen sollten ihre Ziele im Hinblick auf die Projektverwirklichung und den Projektbeginn eindeutig definieren.
- Der Dialog mit der Privatwirtschaft sollte offen und transparent und zu jeder Zeit geführt werden.
- Die Projektgruppe kann eine aktive Steuerung der Meinungsbildung und Informationspolitik unter den Teilnehmern betreiben.
- Fragen und Interviews während der Beratungsphase müssen konkret, präzise und gut vorbereitet sein.
- Ein entschlossenes und professionelles Verfolgen aller Punkte im Rahmen des vorgesehenen Zeitplanes ist wesentlich.
- Ein guter Finanzierungsberater ist von essentieller Bedeutung.
- Die Vergleichbarkeit von Angeboten kann auf Grundlage eines Referenzentwurfs sichergestellt werden.
- Die Planung sollte von den Bietern übernommen werden. Ein einstufiges Verfahren, d. h. die Integration von Planung, Bau und Betrieb in einer Ausschreibung, sollte bevorzugt werden.

Die bei obigem Projekt in den Niederlanden ebenfalls genutzten und entweder von der ausschreibenden Stelle selbst oder von Beratern im Auftrag organisierten Workshops verursachen demgegenüber vergleichsweise geringen Aufwand und Kosten. Hier kommt es sehr auf das Geschick der Veranstalter an, inwieweit in solch größerer Runde sich der angestrebte „Brainstorming-Effekt“ erreichen lässt oder aber die Zurückhaltung der Teilnehmer aus Scheu vor der Preisgabe von zu vielen Wettbewerbsvorteilen überwiegt.

In Chile findet ein wesentlicher Teil dieser Art von Projektentwicklung nach der Präqualifikation mit den präqualifizierten Unternehmen statt. Sie werden aufgefordert, den Entwurf eines Konzessionsvertrages mit der darin festgelegten Risikoverteilung in mehreren, für alle Teilnehmer transparenten Runden schriftlich zu kommentieren, bis ein unter Marktgesichtspunkten offensichtlich optimales Ergebnis vorliegt. Danach werden sie aufgefordert, ein Angebot abzugeben, das dann nicht weiter verhandelt wird. Die bereits präqualifizierten Unternehmen haben dabei natürlich ein besonders hohes Interesse, sich in den Optimierungsprozess einzubringen.

In Deutschland gibt es das durch strenge Formvorschriften reglementierte **Interessenbekundungsverfahren nach § 7 BHO** (Bundeshaushaltsordnung). Hierbei werden potenzielle Inte-

⁶⁶ Bericht über die Entwicklung eines Verfahrens für die Prüfung der privatwirtschaftlichen Realisierungsmöglichkeiten einer festen Querung des Fehmarnbeltes an das BMVBW, erstellt durch die IVM Ingenieurgesellschaft für Verkehrs- und BauManagement mbH und PriceWaterhouseCoopersVeltins Rechtsanwaltskanzlei mbH im Oktober 2000.

ressenten öffentlich dazu aufgerufen, Anfragen und Kommentare schriftlich an den Auftraggeber zu richten. Erfahrungen haben gezeigt, dass diese förmlichen Verfahren in der Regel wesentlich weniger verwertbare Ergebnisse erzielen, als die oben beschriebenen, mehr oder weniger informellen Marktbefragungen. Allerdings gibt es auch hier Ansätze aus dem Gutachten für die Durchführbarkeit eines „Interessenbekundungsverfahrens sui generis“ für eine feste Fehrmarnbeltquerung, die zeigen, wie man dieses Instrument effizient nutzen kann.

Im Rahmen des ÖPP-Projektes „Planen, Bauen, Finanzieren und Betreiben der Justizvollzugsanstalt Ratingen“ wurde eine nichtförmliche und anonymisierte Markterkundung durchgeführt. Die im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Vorinformation enthielt eine Internet-Adresse, unter der nach einer kurzen Projektbeschreibung Antworten zu verschiedenen Fragestellungen beziehungsweise Stellungnahmen zu Teilaspekten, wie rechtliche Strukturierung, Risikoverteilung, Finanzierung, Betrieb und Bau, abgegeben werden konnten. Dieses Medium stand für etwa vier Wochen zur Verfügung. Das Verfahren wurde von einem Beraterkonsortium organisiert und durchgeführt.

Insgesamt ist vor allem bei komplexen Großprojekten die **Markterkundung**, sofern sie effizient organisiert ist, ein sehr zielführendes und im Verhältnis zum Aufwand kostengünstiges **Instrument zur marktgerechten Strukturierung des Projekts** und letztendlich auch seiner Vergabe. Hieraus können sich erhebliche wirtschaftliche Vorteile für den öffentlichen Auftraggeber ergeben. Dabei ist das Interesse der Privaten umso größer, je sicherer und zeitnäher die Durchführung des Projektes ist bzw. je wahrscheinlicher es ist, tatsächlich auch zur Abgabe eines konkreten Angebotes aufgefordert zu werden. In mehreren Ländern, wie z.B. in Irland und Australien, sind Markterkundungsverfahren bereits als Standard in den ÖPP-Beschaffungsprozess aufgenommen worden. Regelmäßig ist es für alle Beteiligten von großer Bedeutung, dass die Markterkundung kompetent und vor allem vergaberechtssicher erfolgt.

Insbesondere Ideenwettbewerb, Mischmodell sowie das F-Modell sind im Sinne einer marktnahen Strukturierung durch die Erkenntnisse einer Marktanalyse zu bereichern. Der Auftraggeber kann sich im Vorfeld für die Gestaltung eines Projekts entscheiden und verringert somit die Kosten aller Beteiligten im Vergabeprozess. Durch die Informationen aus der Markterkundung kann das Projekt insgesamt rechtssicherer gestaltet werden.

3.4.2 Klärungsbedarf im Vorfeld des Verfahrensbeginns

(a) Projektentwicklung

Für die Aufstellung eines strukturierten Ablaufes und um die ausführliche Beschreibung der Leistungen zu ermöglichen, wird zum Beispiel in Kanada und Australien ein **Projekt-Business-Plan** erstellt. In Australien werden die Ergebnisse im Kabinett der betroffenen Provinz vorgetragen, welches daraufhin über die Vorteilhaftigkeit berät und letztendlich über eine Finanzierungszusage entscheidet, die gleichbedeutend mit der Entscheidung für ÖPP oder für konventionelle Beschaffung ist. Ein Projekt-Business-Plan hat im Wesentlichen folgende Inhalte:

- Projektziele und Übereinstimmung mit den Zielen der öff. Hand,
- Kosten-Nutzen-Analyse incl. "do-nothing-Analyse"
- detaillierte Analyse der erwarteten Leistungen (zunehmend ergebnisorientiert und -spezifiziert),
- erwartete Projektstruktur (unter Einbezug einer Markterkundung),
- systematische Risikoanalyse und gewünschte bzw. erwartete Allokation,
- bevorzugtes Vertragsmodell,
- Kostenanalyse und ggf. Entwurf eines PSC,
- Erlösprognose sowie Ermittlung ggf. notwendiger Zuschüsse und anderer Verpflichtungen des Projektträgers,
- Analyse von Marktaufnahmevermögen und Marktinteresse,

- geplante Leistungsüberwachung und Anreizmechanismen (z.B. Zahlungsmechanismen, Bonus-Malussysteme etc. und
- realistischer Projektzeitplan und Ressourcenplanung.

Box 3: Projektziele und Zahlungsmechanismen der E 39 in Norwegen

Projektziele:

- ⇒ Verbesserung der Sicherheit, der Verfügbarkeit und der Umwelt der Straße und der Umgebung
- ⇒ Verbesserung der Verkehrssituation und Erreichbarkeit in der Region
- ⇒ Zeitnahe und verlässliche Umsetzung des Projekts

Zahlungsmechanismen:

1. Verfügbarkeitszahlungen (Availability Payments)
 - ⇒ Verfügbarkeit bei guter Qualität, Sicherheit, Ästhetik und Umweltverträglichkeit
2. Betriebs- und Erhaltungsentgelt (Maintenance Monitoring Payments)
 - ⇒ ordnungsgemäßer Betrieb
3. Verkehrszahlungen (Traffic Payments)
 - ⇒ abhängig vom Verhältnis zwischen tatsächlichem Verkehr und Verkehrsprognose, Abfederung von übermäßiger Abnutzung durch extrem hohes Verkehrsaufkommen
4. Sicherheitszahlungen (Safety Payments)
 - ⇒ Sicherheitsstandard im Vergleich zu artverwandten Straßen in Norwegen
5. Sonderzahlungen nach Fertigstellung zur teilweisen Vergütung der Bauleistungen

Als wesentlicher Erfolgsfaktor wird international die genaue Definition der Ziele des Projektträgers angegeben, da diese die Grundlage für alle weiteren Entscheidungen und wesentliche Vertragsparameter wie z.B. die Vergütungsmechanismen bilden (siehe Box 3). Insbesondere die Auswahlkriterien im Teilnahmewettbewerb und die Wertungskriterien in der Angebotswertung sind im Wesentlichen Ableitungen der Zielvorstellungen der Vergabestelle. Für Straßeninfrastrukturprojekte können unter anderen folgende Ziele von Bedeutung sein:

- Verfügbarkeit der Straße,
- Verkehrssicherheit,
- Umweltverträglichkeit,
- partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen Projektträger und Auftragnehmer,
- Teilung der Risiken und Projektwirtschaftlichkeit, und
- die Umsetzung einer robusten, dauerhaften Lösung.

Außerdem sind im Sinne der Berücksichtigung öffentlicher Interessen weitere Untersuchungen anzustellen, die Auswirkungen auf die Erstellung der Vergabeunterlagen und Angebote haben. Zu nennen sind hier:

- Analyse der Interessen von Stakeholdern,
- Auswirkungen des Projektes auf den Arbeitsmarkt und lokale Effekte,
- Einflüsse aus der Lage und Beschaffenheit des geplanten Bauplatzes und
- Umwelt- und planerische Einflüsse.

Der Vorteil für den Projektträger liegt in der frühzeitigen eingehenden Beschäftigung mit den Projekteigenarten und ermöglicht ihm neben der Erstellung qualitativ hochwertiger Unterlagen eine bestmögliche Strukturierung des Vergabe- und Verhandlungsprozesses. Die potenziellen Bieter werden infolge dessen eine sehr hohe Teilnahmebereitschaft aufweisen und auf der Grundlage der aus dem Business-Plan erstellten umfangreichen Unterlagen (sofern sie bereitgestellt werden) kostengünstig Angebote abgeben können, so dass die Wahrscheinlichkeit, einen geeigneten Konzessionsnehmer zu finden, steigt.

Die Projektentwicklung anhand eines Projekt-Business-Plans ermöglicht frühzeitig ein strukturiertes Bild von den zu erwartenden Vorteilen durch die privatwirtschaftliche Erstellung und stellt eine Entscheidungshilfe im Beschaffungsprozess dar. Es werden wesentliche Fragestellungen wie Kosten-Nutzen-Verhältnis und mögliche Risikoteilung aufgegriffen und mit den Zielen der Vergabestelle verglichen, bevor weitere Ressourcen in dem Projekt gebunden werden. In seiner Funktion als „Planspiel“ zeigt er mögliche Chancen und Hindernisse für die Vergabe und das Projekt auf.

Bei der Ausschreibung von F-Modellen sowie bei den Varianten Ideenwettbewerb und Mischmodell ergeben sich zusätzlich komplexe Aspekte, wie etwa Zahlungsstrukturen, die detailliert in einem Projekt-Business Plan dargestellt werden sollten, damit der Konzessionsgeber seine mit dem Projekt verbundenen Kosten und Risiken ermitteln und einschätzen kann.

(b) Projektgenehmigungsverfahren

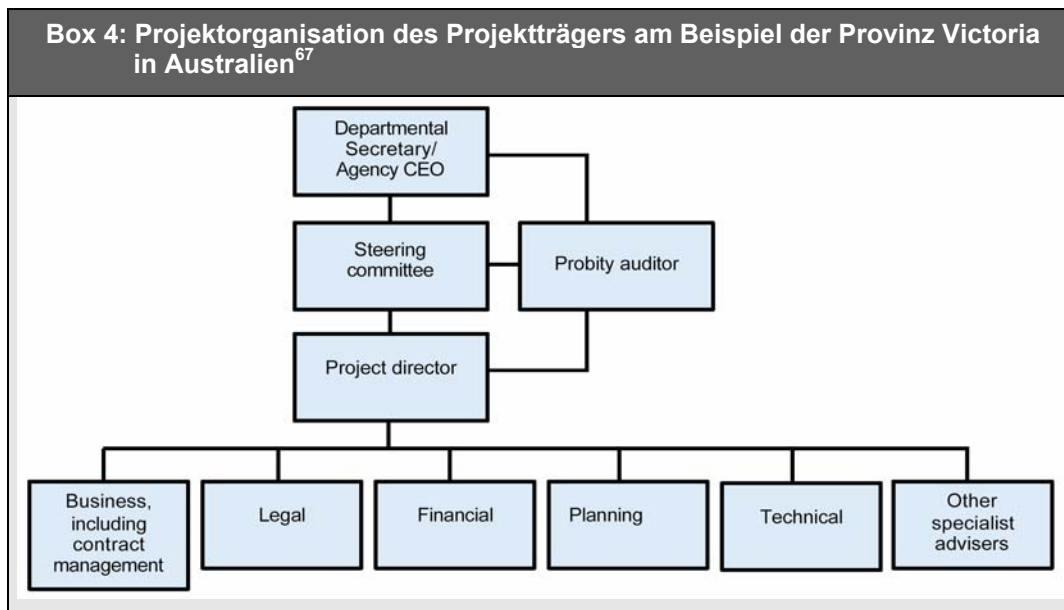
Üblicherweise unterliegen die einzelnen Phasen des Beschaffungsprozesses und des Vergabeverfahrens den **Zustimmungsvorbehalten** verschiedener Gremien und Institutionen. Immer wieder ergeben sich bei internationalen Großprojekten dadurch Verzögerungen, insbesondere dann, wenn die Entscheidungsabläufe bzw. das Genehmigungsprozedere sowie die zuständigen Stellen mit ihren jeweiligen Informationsbedürfnissen und Restriktionen nicht vollumfänglich bekannt und im Vorhinein eingeplant wurden. Eine auch in dieser Hinsicht gut aufgestellte Projektorganisation ist oft auch ein positives Signal hinsichtlich Umsetzungsfähigkeit und -willen des Projektträgers und damit für den Wettbewerb.

In Irland werden behördliche Vorgänge und deren Risiken gebündelt und, soweit möglich, dem Privaten übertragen. Dazu gehören Enteignungsverfahren, Planungsgenehmigungen, Umweltverträglichkeitsstudien, zu erlassene Mautverordnungen, sowie weitere spezielle Genehmigungen. Selbstverständlich wird dabei auf die Prinzipien der effektiven Risikoverteilung Rücksicht genommen und Risiken vorzugsweise von demjenigen Partner übernommen, der sie am besten managen kann. Es wird zwischen vollständiger Risikoübernahme durch den Privaten bei Durchführung in Eigenverantwortung, eingeschränkter Risikoübernahme bei Handlungen im Auftrag der Behörde und eingeschränkter Risikoübernahme bei Beratungsleistungen gegenüber der Behörde unterschieden.

Der Abschluss der notwendigen Genehmigungsverfahren ist bei komplexen Projekten nicht immer möglich und z.B. beim Ideenwettbewerb bzw. Mischmodell explizit den Bietern aufgetragen. Um für das Projekt keine Verzögerungen zuzulassen, wird ein **straffes Projekt- und Genehmigungsmanagement** benötigt. Außerdem sollten gewisse Risiken auf den Privaten übergehen, damit Anreize zur größtmöglichen Sorgfalt und zeitlichen Straffung geschaffen werden. Daher wird es bei der Auswahl der Bieter unter anderem darum gehen, Bewerber zu präqualifizieren, die Erfahrungen mit Behörden und Genehmigungsverfahren vorweisen können.

(c) Projektorganisation der Vergabestelle

Die Projektträger sind bei den meisten Projekten ähnlich organisiert. Neben den Mitgliedern der einzelnen betroffenen Ressorts sind bei allen untersuchten Projekten externe Berater für Technik, Recht und wirtschaftliche Fragen einbezogen worden. Dies ist z.B. Standard in Irland, Südafrika, Kanada und Australien. Als wesentlicher Erfolgsfaktor wird von Beteiligten ein klares und frühzeitig aufgestelltes Projektmanagement auf Seiten des Projektträgers gesehen. Zusätzlich wird in Australien die Vergabe von einem sog. „Probity-Auditor“ begleitet, der eine Stabstelle besetzt und als fachkompetenter und unabhängiger Mediator und Protokollführer den Verfahrensablauf von Beginn an begleitet und die Einhaltung der Vergabegrundsätze Transparenz, Gleichbehandlung und Sicherstellung des Wettbewerbs überwacht (siehe Box 4).



Trotz der zusätzlich anfallenden Kosten für den Auditor scheinen die Vorteile zu überwiegen. Dieses Vorgehen verspricht eine weitgehende Einhaltung der Vergabegrundsätze und damit verbunden ein hohes Maß an Anfechtungssicherheit. Außerdem kann der Probity-Auditor durch seine Erfahrung wesentlich zur Vermittlung zwischen den Verhandlungsparteien und einer erfolgreichen Lösungsfindung beitragen. Um die Neutralität der Rolle zu unterstreichen, wird die Position des Probity-Auditors durch Personal aus dem Purchasing Board (eine generelle, für Beschaffungen aller Art zuständige Behörde) besetzt.

Die Vergabestelle sollte in ihrer Projektorganisation alle für das Projekt relevanten Kompetenzen versammeln bzw. durch externe Experten besetzen und die Entscheidungskompetenz klar festlegen.

Trotz der zusätzlich anfallenden Kosten für den Auditor scheinen die Vorteile zu überwiegen. Dieses Vorgehen verspricht eine weitgehende Einhaltung der Vergabegrundsätze und damit verbunden ein hohes Maß an Anfechtungssicherheit. Außerdem kann der Probity-Auditor durch seine Erfahrung wesentlich zur Vermittlung zwischen den Verhandlungsparteien und einer erfolgreichen Lösungsfindung beitragen. Inwieweit ein solches Instrument bei den in Rede stehenden Projekten sinnvoll ist, sollte projektabhängig entschieden werden und hängt nicht zuletzt von den zu beachtenden Vergabevorschriften ab.

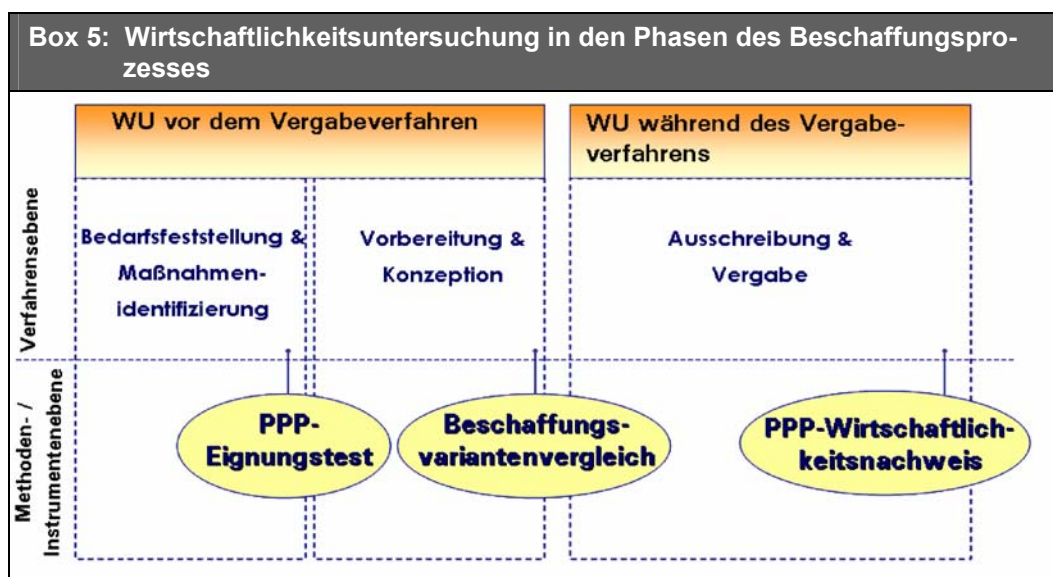
⁶⁷ The Dept. of Treasury and Finance of the State of Victoria, Practitioners' Guide, 2001, S. 24.

(d) Gutachten, Prognosen und Studien

Üblicherweise werden durch den Projektträger im Vorfeld **Machbarkeitsstudien** oder vergleichbare Untersuchungen durchgeführt, die neben den technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Aspekten ebenfalls Umweltaspekte, den volkswirtschaftlichen Nutzen und bei Bedarf projektspezifische Details untersuchen. Diese Analysen werden nicht in allen Fällen den späteren Bietern zur Verfügung gestellt, sondern dienen gemeinhin zum **Nachweis für den Projektträger**, z.B. auch der privatwirtschaftlichen Realisierbarkeit des Vorhabens. Gleichwohl gilt allgemein, dass die Angebote der Bieter eine umso höhere Qualität haben können, je besser die Informationen in den übersendeten Unterlagen sind.

Wie bereits erwähnt, haben sich neben den Machbarkeitsstudien in der internationalen und zuletzt auch nationalen Praxis Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) vergleichbar mit dem Vorgehen im Gutachten „ÖPP im öffentlichen Hochbau“ oder dem Leitfaden der ÖPP Task Force in Nordrhein-Westfalen bewährt. Auch wenn die Anwendung international durchaus nicht einheitlich gehandhabt wird, erleichtert sie in aller Regel die Entscheidungsfindung in den einzelnen Vergabephasen (siehe Box 5). Häufig ist sie sogar das entscheidende Vergabekriterium, indem die Bieter nicht nur gegeneinander, sondern gegen den PSC, also die prognostizierte konventionelle Beschaffungsvariante bieten.

Speziell in einem strukturierten Vergabeverfahren kann sie Anhaltspunkte für eine vorteilhafte Risikoallokation liefern und somit noch in dieser Phase gezielt zur Steigerung der Wirtschaftlichkeit für den Projektträger eingesetzt werden. Sorgfältig vorbereitet und durchgeführt wird dieses Instrument außerdem allgemein als positiver Beitrag zu mehr Transparenz und Diskriminierungsfreiheit und damit letztlich auch zu einer erhöhten Rechts- und Anfechtungssicherheit außerdem angesehen.

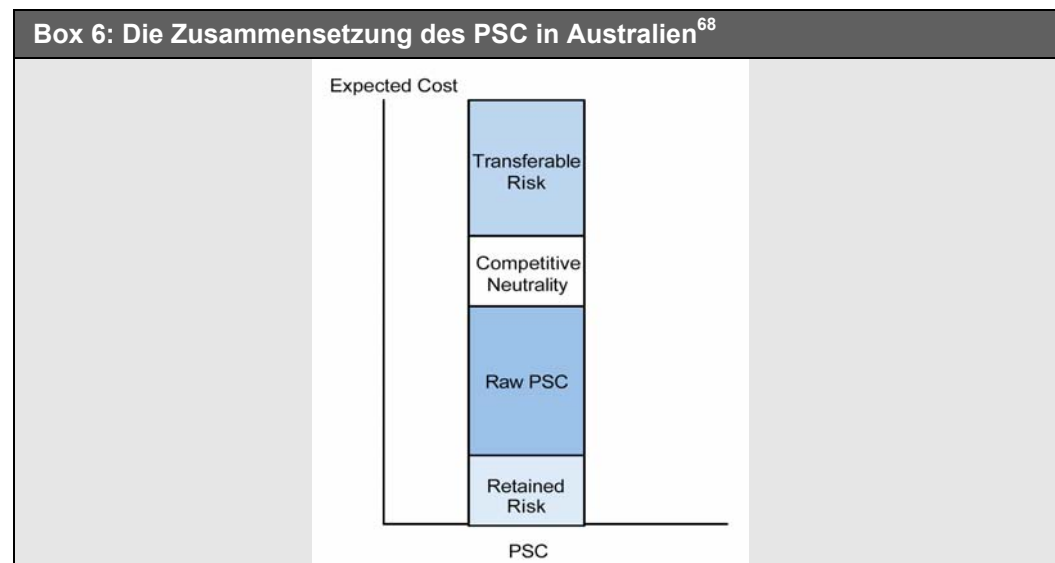


In Großbritannien werden die von lokalen Körperschaften initiierten Projekte nach der Festlegung von Ziel und Umfang von einer Project Review Group geprüft, ob die ÖPP-Prinzipien eingehalten werden. Diese Review Group entscheidet, ob und in welcher Höhe das Projekt mit Zuschüssen in Form von PFI-Credits rechnen kann. Die lokalen Regierungen können sich nach erfolgreicher Bewertung durch die Project Review Group um zusätzliche Zuschüsse bewerben. Diese wirtschaftliche Überprüfung ist ein wichtiges Instrument, um der Verschwendung öffentlicher Gelder vorzubeugen. Die Überprüfung der Projekte umfasst die folgenden Aspekte:

- Erschwinglichkeit/Wirtschaftlichkeit
- Ergebnisorientierte Beschreibung

- Entwurfsqualität
- Risikoverteilung
- Hauptbedingungen und Konditionen
- Finanzierbarkeit
- Benutzung geeigneter finanzieller Vergleichsinstrumente (PSC)
- Geplanter zeitlicher Ablauf
- Aufstellung und Qualität des Projektteams
- Eignung von Beratern
- Beitragen von Sponsoren/ Nutzern
- Behördenprozesse (u.a. Genehmigungen).

Der oben erwähnte PSC zur Prüfung der Vorteilhaftigkeit einer Beschaffung im Rahmen eines ÖPP-Projektes gegenüber einer konventionellen Variante ist in den meisten Ländern üblich, wobei Unterschiede in der Anwendung nach Genauigkeit und zeitlicher Einbindung bestehen. Das in Irland Financial Comparator genannte Instrument war in den Pilotprojekten nur optional angewendet worden, da davon ausgegangen wurde, dass sich Value for Money (VfM) allein durch die Anwendung des wettbewerblichen Bietens einstellt. In den Pilotprojekten wurde – laut Guidelines – der Erkenntnisgewinn beim Umgang mit ÖPP über tatsächlich zu erzielendes VfM gestellt.



Die australische Vorgehensweise gleicht dem irischen Prozedere, allerdings wird hier die Einbindung eines PSC erwartet. Dementsprechend ist der australische PSC reifer und die Dokumentation zur Erstellung eines PSC ist umfangreicher, präziser und leichter verständlich. Ausgehend von der Definition der Output Specifications und des Referenzprojekts werden die Kosten für das konventionelle Referenzprojekt ermittelt. Danach werden die Komponenten des „Raw PSC“ (A) ermittelt. Er berücksichtigt die Betriebskosten abzüglich der Einnahmen Dritter und die Kapitalkosten. Anschließend wird ein Ausgleichsbetrag („Competitive Neutrality“) (B) berechnet, der die nachteilige Position Privater bei der Kreditvergabe sowie deren steuerliche Behandlung, aber auch die vorteilige Position im Bezug auf Personal- und Verwaltungskosten, sowie Abschreibungsmöglichkeiten berücksichtigt. Ziel ist es, die monetären Auswirkungen unterschiedlicher Grundvoraussetzungen zu eliminieren und die Leistungsfähigkeit des privaten und öffentlichen Sektors ausschließlich anhand der Output Specifications bei identi-

⁶⁸ The Dept. of Treasury and Finance of the State of Victoria, Public Sector Comparator (Technical Note), 2001, S. 6.

schen Bedingungen zu vergleichen. Im Anschluss werden die Risiken identifiziert und hinsichtlich Eintrittswahrscheinlichkeit und Auswirkung bewertet. Anschließend werden durch die ausschreibende Stelle die bevorzugte Risikoverteilung getroffen, sowie die Kosten übertragener Risiken (C) und einbehaltener Risiken (D) berechnet. Der endgültige PSC ergibt sich somit zu: $PSC = A + B + C + D$, wie auch folgender Box 6 zu entnehmen ist.

Um die Barwerte der Kosten zu vergleichen, werden sie in einer Discounted Cashflow Analyse mit einem Diskontierungszinssatz auf den Anfangszeitpunkt abgezinst. Er wird im Allgemeinen vorgegeben und in unregelmäßigen Abständen angepasst. Der angewendete Diskontierungszins beträgt momentan in Australien 6,0%, in Irland 5,0% und in Großbritannien 3,5%. Tendenziell wird die ÖPP-Variante bevorzugt, je höher der Zinssatz gewählt wird.

Der Aufwand für umfangreiche Machbarkeitsanalysen, Prognosen und Gutachten kann in keinem Fall vermieden werden. Die Vergabestelle muss vor Beginn der Ausschreibung Sicherheit über die Umsetzbarkeit, Risiken und möglichen Hindernisse des Projekts haben. Je detaillierter die Informationen für die Bieter sind, umso höhere Qualität werden die Angebote und Verhandlungen erreichen. Außerdem ist auch die Vergabestelle durch Information in einer besseren Wertungs- und Verhandlungsposition.

Die in reifen ÖPP-Märkten übliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sollte mittelfristig auch für deutsche ÖPP-Infrastrukturprojekte zum Standard gehören. Die Grundlagen des Verfahrens im Hochbau sind dazu auf den Infrastruktursektor zu übertragen. In diesem Sinne aus der internationalen Praxis übernehmenswert erscheint insbesondere die Durchführung von Pilotprojekten, die der öffentlichen Hand einen Erkenntnisgewinn für weitere Projekte ermöglicht. Der Vergabestelle wird mit dem während des Verfahrens zu präzisierenden PSC ein schlagkräftiges Instrument zur Einschätzung der Vorteilhaftigkeit einer ÖPP-Variante bzw. eines Angebots an die Hand gegeben. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf der Wahl des Diskontierungszinssatzes liegen.

Wesentlich komplizierter als bei den Projekten mit konventioneller Planung gestaltet sich die belastbare Projektentwicklung bei Projekten, denen ein Ideenwettbewerb bzw. Mischmodell zugrunde liegt, da der Auftraggeber eben nicht die von den Privaten angebotenen Lösungen im Voraus zuverlässig einschätzen kann. Beim F-Modell zusätzlich kommen außerdem verschiedene Schnittstellen und die Belange der Mauterhebung hinzu. Um die verschiedenen Angebote zuverlässig und objektiv beurteilen zu können, ist der Auftraggeber umso stärker auf den Einsatz eines PSC angewiesen.

(e) Besondere Strategien in der Vorbereitung

Im Vorfeld der Ausschreibung sind in einigen Ländern besondere Merkmale zu erkennen, die beachtenswert erscheinen. Gemein ist den Strategien, dass sie die privaten Marktteilnehmer stärker in die Strukturierung des Projekts und die Erstellung der Projektunterlagen einbeziehen. Im europäischen Raum wird, wie z.B. in Italien (siehe Box 7), durch die Regierung ein Programm festgelegt, in dem der Bedarf der öffentlichen Hand benannt wird. Die Privaten sind aufgefordert, Angebote zu unterbreiten, welche Maßnahmen des Programms sie wie umsetzen würden. Die Angebote müssen neben der Machbarkeitsstudie bereits einen vollständigen Business-Plan, die technische Planung und einen Entwurf für den Konzessionsvertrag beinhalten.

Box 7: Vergabeprozess in Italien unter Art 37 bis



Die öffentliche Hand wählt daraufhin die für sie interessanten Projekte aus, erklärt das öffentliche Interesse sowie den jeweiligen Anbieter zum so genannten „*preferred promoter*“ für dieses Projekt. Auf der Grundlage der Vorbereitungen des Anbieters werden die Projekte in den Wettbewerb gegeben und weitere zwei Bieter ermittelt, die als Mitbewerber auf das Angebot bieten. Der *preferred promoter* erhält das „right of first refusal“, womit er zu den Bedingungen der Wettbewerber in den Vertrag einsteigen kann, sofern diese bessere Angebote als er abgeben.

Diese Strategie ähnelt – bis auf die Vorgabe eines (Auswahl-) Programms durch die öffentliche Hand – sehr den vor allem in Ländern wie Südafrika, Australien und Kanada anzutreffenden, so genannten „unaufgeforderten Angeboten“ (unsolicited proposals). Hierbei werden von privaten Anbietern komplette Projektentwicklungen vorgenommen, die allerdings normalerweise ohne jegliche Zuschüsse des Staates auskommen und erst dann der öffentlichen Hand unterbreitet werden. Diese Angebote werden durch die öffentliche Hand eingehend auf Value for Money und Wahrung des öffentlichen Interesses geprüft und nach erfolgreicher Prüfung ausgeschrieben. Somit sind die erste Angebotsrunde und die Projektentwicklung durch einen Privaten dem eigentlichen Ausschreibungsverfahren vorgelagert. Bei den enormen Herausforderungen im Infrastrukturbereich wäre es durchaus denkbar, dass solche Angebote ebenfalls in Europa stärker an Bedeutung gewinnen. Problematisch sind jedoch – und das ist in den Richtlinien der genannten Länder deutlich herausgestellt – die Behandlung des in dem Projekt enthaltenen geistigen Eigentums des Initiators und die Position die der Initiator in der folgenden Ausschreibung aufgrund der durch ihn erfolgten Planungen einnimmt. Ob und

inwieweit der Initiator gemäß der europäischen Rechtsprechung einen nicht tolerierbaren Vorteil genießt, müsste entsprechend geprüft werden.

In diesem Zusammenhang sei auch nochmals an die in Kap. 3.4.1 erläuterte Vorgehensweise bei der Projektfeinstrukturierung gemeinsam mit den jeweils präqualifizierten Unternehmen in Chile erinnert.

Für die Vergabestelle als Projektträger ist es sicherlich vorteilhaft, die Ideen und das Know-How der privaten Marktteilnehmer schon in der Projektentwicklung stärker mit einzubeziehen, um das Projekt auch unter dem Gesichtspunkt der Finanzierbarkeit optimal „für den Markt“ zu strukturieren und damit letztlich Effizienzgewinne für die öffentliche Hand zu generieren. Vor dem Hintergrund der Gleichbehandlung sind dieser Vorgehensweise allerdings durchaus Grenzen gesetzt. Für unangeforderte Angebote sollten Strategien entwickelt werden, die zu einer bestmöglichen vergabe- und wettbewerbskonformen Umsetzung der Projekte führen. Beachtung sollten insbesondere die Wechselwirkungen mit anderen geplanten Projekten und die Anforderungen der gesamtheitlichen Verkehrsplanung finden.

3.5 Vorabinformation

Die Vorabinformation dient in den meisten Verfahren dazu, die möglichen Bewerber frühzeitig auf ein geplantes Projekt aufmerksam zu machen und evtl. auch internationale Bewerber anzusprechen. Denn es gilt, je früher und detaillierter sowie auch je verbindlicher der Markt über die Absichten des Projektträgers informiert wird, desto besser können private Unternehmen die Anforderungen des Projektes einschätzen und desto engagierter werden sie sich – z.B. durch die rechtzeitige Bildung von Bietergemeinschaften – auf den dann umso stärkeren Wettbewerb vorbereiten. Die Inhalte entsprechen weitgehend den Vorgaben des entsprechenden Formulars beim OJEC. Im Fall der bereits erwähnten JVA Ratingen wurde die Vorabinformation zusätzlich genutzt, um auf die parallel stattfindende Markterkundung hinzuweisen.

Während der Bundesverkehrswegeplan in Deutschland lediglich eine zeitlich unverbindliche Aufstellung der in Zukunft durchzuführenden Projekte darstellt, könnten die National Development Plans (NDPs) in Irland und Großbritannien und auch der Plan in Norwegen als Vorabinformation gelten, da sie wesentlich konkreter sind. Sie enthalten nur eine geringe Anzahl an Projekten, die jedoch in der Geltungsdauer des Planes ausgeschrieben werden, zum Teil mit Angabe des möglichen Ausschreibungszeitraumes. Somit können sich Bieter schon bis zu ein Jahr vor der Ankündigung der Ausschreibung überlegen, daran teilzunehmen und Bietergemeinschaften zu bilden.

Ob und in welcher Form eine Vorabinformation für komplexe PPP-Projekte notwendig ist, hängt im Wesentlichen von den damit verbundenen Zielen ab. Geeignet scheint dieser Weg zur Gewinnung von zusätzlichen Informationen in Kombination mit einem Markterkundungsverfahren. Bei hinreichend bekannten und vom Markt schon langfristig antizipierten Projekten wie den A- und F-Modellen kann auf eine Vorabinformation verzichtet werden, zumal sie durch die gemeinsame Entwicklung der Gutachten zu den Musterkonzessionsverträgen marktnah strukturiert scheinen.

3.6 Bekanntmachung

3.6.1 Art und Weise der Veröffentlichung

Die von uns betrachteten europäischen Projekte wurden allesamt europaweit im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, welches in Schriftform und elektronisch zur Verfügung steht. Darüber hinaus wurden inländische Amtsblätter und Zeitungen für die bessere Information potenzieller inländischer Bewerber genutzt. Potenzielle Anbieter werden in der Regel von Suchdiensten auf entsprechende Ausschreibungen hingewiesen und sind somit über die offiziellen Medien sehr gut informiert. Zusätzlich werden in einigen EU-Mitgliedstaaten wie Belgien und Großbritannien Firmen-Datenbanken geführt, aus denen als potenzielle Bieter eingeschätz-

te Unternehmen angeschrieben werden. Dem interessierten Markt werden gerade solche Großprojekte schon alleine durch die umfangreichen Vorbereitungsmaßnahmen schon weit im Vorfeld bekannt. Allerdings sind die Informationen entsprechend diffus. Insofern bedeuten die formellen Ankündigungen den offiziellen „Startschuss“ für das Vergabeverfahren mit Bekanntgabe der konkreten Rahmenbedingungen und Spielregeln.

Bei der Art und Weise der Marktansprache kann es unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angezeigt sein, wünschenswerte Bewerber zusätzlich zu der offiziellen Bekanntmachung anzusprechen, um den erhofften Wettbewerb und die notwendige Angebotsqualität sicher zu stellen.

3.6.2 Inhalt

Neben den klaren Pflichtangaben in den Bekanntmachungen, wie z.B. Ort der Ausführung, können aus den internationalen Erfahrungen und den in der jüngeren Vergangenheit vergebenen Projekten in Deutschland differenziertere Vorgaben abgeleitet werden. Bei den betrachteten Projekten hatte die Bekanntmachung im Wesentlichen folgende Inhalte:

- Ausschreibende Stelle,
- Kurzbeschreibung des Projekts und der zu erbringenden Leistungen,
- Bewerbungsbedingungen und vorzulegende Nachweise,
- Beschreibung des Ausschreibungsverfahrens und der Auswahl- sowie Zuschlagskriterien,
- Zeitplan und Meilensteine,
- Grundzüge des Vertrages (Grundlagen, Anreizsystem, Struktur, Zahlungsprofil, Risikoverteilungsmatrix, Qualitätssicherung, Heimfall).

Um dem hohen Informationsbedarf bei den komplexen Projekten Rechnung zu tragen und andererseits die Kosten im Rahmen zu halten, wird teilweise von Vergabestellen für die Überlassung der zusätzlichen umfangreichen Unterlagen, welche die Vergabebekanntmachung begleiten können, eine Schutzgebühr verlangt. Diese soll dafür sorgen, dass sich nur ernsthafte Bewerber um die Unterlagen bemühen. In der Ausgestaltung können diese Gebühren als tatsächliche Schutzgebühr ausgestaltet sein und werden nach Abgabe einer die Mindestanforderungen erfüllenden Bewerbung erstattet oder werden als Einnahme des Projektträgers verbucht.

(a) Leistungs- und Projektbeschreibung

Durch die Aussagen in der Vergabebekanntmachung sollen Bewerber angesprochen und identifiziert werden, die willens und objektiv in der Lage sind, die in Frage stehenden Aufgaben wunschgemäß zu erledigen. Diese müssen so beschrieben werden, dass sich der Bewerber ein umfassendes Bild von den Anforderungen machen kann. Bei PPP-Projekten wird dabei im internationalen Vergleich, vor allem in Australien und Südafrika zunehmend von ergebnisorientierten Leistungsbeschreibungen, (sog. output specifications) Gebrauch gemacht. Hier wird nicht der Weg vorgegeben, sondern nur das zu erreichende Ziel (siehe Box 8).

Box 8: Output Specification der Sierra YoYo Desan Road in Kanada⁶⁹

Mindestanforderungen:

- Die Straßendecke (Kies) war so zu konstruieren, dass 70-75% der Entwurfs-Tragfähigkeit unter Frühlingsbedingungen (Schneesmelze) und feuchtem Wetter für eine Dauer von bis zu zwei Monaten erhalten bleibt.
- Die Fahrbahnbreiten für bestimmte Abschnitte waren vorgegeben (8,0-9,2m).
- Einmündungen und Kreuzungen sind von Sicht behindernden Gegenständen für 20m, gemessen ab Fahrbahnmittle, zu befreien oder in einem Radius von 75m, gemessen vom Schnittpunkt der Straßenachsen.
- Die Entwurfsgeschwindigkeit beträgt 80 km/h.
- Die maximale zulässige Neigung in Richtung der Straßenachse beträgt 6%.
- Die Ufer von Gräben sind im Verhältnis 3:1 oder flacher einzufassen.
- Für Planung und Konstruktion wurden anzuwendende Normen vorgegeben.
- Entwurf der Flussbrücke mit einer Fahrbahnbreite von 9.0m und ohne Fußweg.

Damit sollen in höherem Maße Ideen- und Innovationspotenzial ausgeschöpft werden (siehe Box 9) und – in Verbindung mit entsprechend formulierten Leistungsparametern (sog. service level agreements) und Zahlungsmechanismen – effektivere Leistungsanreizstrukturen geschaffen werden. Für die Bieter geht damit eine weitergehende Freiheit bei der Angebotsgestaltung und der möglichen Ausnutzung von Know-how-Vorsprüngen als bei detaillierten Leistungsbeschreibungen oder auch Leistungsprogrammen einher. Negativ wirkt sich in diesem Zusammenhang der erhöhte Zeit- und Kostenaufwand in der Angebotsbearbeitung sowie für den Auftraggeber in der späteren Angebotswertung aus. Bei den untersuchten Projekten wird dieser Weg in unterschiedlicher Konsequenz genutzt.

Detaillierungsgrad und Umfang der bereits mit der Bekanntmachung veröffentlichten Projektbeschreibung ist bei den untersuchten Projekten sehr unterschiedlich. Allgemein gilt, dass die Beschreibung zu diesem Zeitpunkt ausreichend Anhaltspunkte für die Unternehmen enthalten sollte, zu entscheiden, ob das konkrete Projekt überhaupt für sie in Frage kommt, um sich den konkreten Anforderungen entsprechend aufstellen zu können. Wie schon an anderer Stelle erwähnt, profitiert die Qualität der späteren Angebote von einem frühen Informationsfluss.

Box 9: Vorteile von Output Specifications am Beispiel des Projektes A74(M)/M74 Motorway in Großbritannien⁷⁰

Das DBFO-Projekt auf der Basis einer Schattenmaut umfasste den Neubau von 28 km Autobahn mit drei Fahrspuren in jeder Richtung sowie den Betrieb weiterer 92 km. Der Straßentyp wurde mit funktionalen Kriterien beschrieben und somit Flexibilität im Bezug auf die Materialwahl und den Schichtenaufbau sowie Details von Ingenieurbauwerken zugelassen. Eine Auswertung des Projektes anhand eines PSC ergab Einsparungen in der Betriebsphase von Mio. £17 bei geschätzten Gesamtkosten von Mio. £210. Der erfolgreiche Bieter bot je nach Belastung der jeweiligen Fahrspuren einen unterschiedlichen Schichtenaufbau an. Zudem verhandelte der erfolgreiche Bieter mit Bauern und bot Entschädigungen für nicht zu bauende Durchlässe für den landwirtschaftlichen Betrieb an.

Mit zwei Bietern wurde bis zum Schluss über Innovationsmöglichkeiten verhandelt. Sie gaben an, dass diese zweite Bieterrunde sehr kostenintensiv war.

⁶⁹ Vgl. Ministry of Energy and Mines of British Columbia, Sierra YoYo Desan Road Project – RFP Documents, 2003, S. 16.

⁷⁰ Vgl. The Dept. of the Environment and Local Government, Statutory Process Assessment, 2000, S. 17; Output Specification, 2000, S. 15; Contract and Performance Management, 2000, S. 18.

Bei den untersuchten europäischen Projekten ist regelmäßig in der Veröffentlichung im EG-Amtsblatt auf zusätzliche Informationen hingewiesen worden, die üblicherweise in Form eines Information Memorandum abgerufen werden konnten. Dieses Dokument wird von Marktteilnehmern als unverzichtbar angesehen, da hier dem hohen Informationsbedarf der Bewerber Rechnung getragen werden kann und es ihnen ermöglicht wird sich zielgerichteter aufzustellen. Als ein Beispiel für den typischen Informationsgehalt eines Infomemos zeigt Box 10 das Inhaltsverzeichnis des Infomemos zur E39, welches zusätzlich zu Norwegisch auch in Englisch erhältlich war. Dies erleichtert die notwendige Einbeziehung internationaler Partner, wie z.B. Banken, die sich so einfacher ein Bild auf Basis von Originaldokumenten machen können.

Box 10: Inhaltsverzeichnis des Infomemo des Projekts E39, Norwegen	
1. Einleitung 1.1 Teilnahmewettbewerb für das Projekt E39 Klett – Bardshaug 1.2 Nationaler Verkehrsplan 2002 – 2011 1.3 Beteiligte Behörden 1.4 Die Sicherstellung der Finanzierung des Projekts 1.5 Das Norwegische ÖPP-Modell 1.6 Der Vergabeprozess und der Konzessionsvertrag 1.7 Der Zweck der Informationen und Haftung	2. Projektbeschreibung 2.1 Hintergrund und Bedarf für das Projekt 2.2 Verkehrsprognosen 2.3 Projektziele 2.4 Planungsstand 2.5 Umfang und Volumen des Projekts 2.6 Technische Umsetzung 2.7 Umweltbelange 2.8 Wechselwirkungen mit Dritten
3. Grundsätze und Eckpunkte des ÖPP-Vertrages 3.1 Einleitung 3.2 Die Rolle der Behörden 3.3 Vertragliche Pflichten der Konzessionsnehmer 3.4 Zahlungsmechanismen 3.5 Risikoallokation 3.6 Qualitätssicherung 3.7 Endschaftsregelung 3.8 Schlichtungsverfahren	4. Zahlungsmechanismen 4.1 Hintergrund 4.2 Zahlungsgrundsätze 4.3 Zahlungsstruktur 4.4 Verfügbarkeitszahlungen 4.5 Zahlungen für Betrieb und Instandhaltung 4.6 Sicherheitszahlungen 4.7 Verkehrsabhängige Zahlungen 4.8 Zahlungsprofil
5. Projektorganisation 5.1 Vegdirektoratet (Vergabestelle) 5.2 Technischer Berater 5.3 Finanzierungsberater 5.4 Rechtsberater 5.5 Projektorganisation nach Vertragsschluss	6. Beschreibung des weiteren Vergabeverfahrens 6.1 Allgemeine Informationen zum Vergabeprozess 6.2 Darstellung der Angebots- und Verhandlungsphase 6.3 Voraussichtlicher Zeitplan für den Vergabeprozess 6.4 Kontaktinformationen
Anhang Entwurf der Risikomatrix	

Die inhaltliche **Gestaltung der Leistungs- und Projektbeschreibung** spiegelt die wesentlichen Eckpunkte des Projektes wieder. Dazu zählen alle Informationen, die den Bewerbern ein umfassendes Bild von den technischen und wirtschaftlichen Anforderungen, den Chancen und Risiken, den Rechten und Pflichten sowie dem Hintergrund des Projektes bieten und den Bewerbern eine Einschätzung der Vorteilhaftigkeit einer Beteiligung ermöglichen. Durch die begrenzten Möglichkeiten des EG-Amtsblatts erscheint regelmäßig bei komplexen Projekten die Erstellung eines Information Memorandum, welches zusätzlich angefordert werden kann, ratsam. Besondere Sorgfalt ist im Sinne der Anfechtungssicherheit beim Abgleich der Informationen mit der späteren Angebotsunterlage geboten, da ausschließlich die Tiefe der Anforderungen und Informationen über das gesamte Vergabeverfahren verändert werden darf, nicht deren originärer Inhalt. Eine besondere Herausforderung stellt für den Auftraggeber die ergebnisorientierte Leistungsbeschreibung dar. Um Spielräume für Innovationen der Bieter zu schaffen,

sollte der Auftraggeber seine Ziele formulieren und den Weg dorthin offen lassen. Daher erscheint es empfehlenswert die Projekte in Form von Leistungsprogrammen zu beschreiben und Variationen innerhalb der technischen Normen zuzulassen bzw. die Bieter zu beauftragen, die Gleichwertigkeit evtl. abweichender Vorschläge in geeigneter Form nachzuweisen. Auf dieser Grundlage kann der Auftraggeber das Angebot auswählen, das für ihn am vorteilhaftesten erscheint.

(b) Pflichtangaben und vorzulegende Nachweise

Die Bekanntmachung eröffnet den Teilnahmewettbewerb und damit den Vergabeprozess. Sie muss daher die Angaben festlegen, die von Bewerbern gemacht werden müssen und die Nachweise aufzählen, die sie vorlegen müssen. Dazu wird bei den europäischen Projekten regelmäßig auf die Formulare des EG-Amtsblatts zurückgegriffen. Die Formulare dienen in erster Linie dazu, eine erste Kurzbeschreibung des Projekttyps und des Auftraggebers vorzunehmen sowie die Bedingungen für eine Bewerbung zu nennen.

Der Schwierigkeit der Vergabestelle aus den Bewerbern die „Geeignetsten“ herauszufiltern wird durch Art und Umfang der geforderten Nachweise auf unterschiedliche Weise begegnet. Die Anforderungen stellen hauptsächlich auf die bisherigen Erfahrungen bei vergleichbaren Projekten, die vorhandenen Kapazitäten sowie die finanzielle Stärke des Bewerbers ab. Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Angaben wurden, z.B. in Großbritannien umfangreiche, Fragebögen entwickelt, welche die verlangten Nachweise möglichst spezifiziert bei den Bewerbern abfragen. Die ausschreibende Stelle kann anhand der Antworten relativ leicht die vorab entwickelte Bewertung vornehmen und eine „short list“ erstellen.

Zielführend kann die Auswahl der geeigneten Bewerber neben der Wertung der darzustellenden Erfahrungen in relevanten Leistungsbereichen durch die Abfrage von Lösungsskizzen unterstützt werden. Die Themengebiete können mit spezifischen Unterkategorien weiter gegliedert werden.

Unterschiedlich wird in den untersuchten Projekten und Unterlagen die Angabe der Auswahlkriterien und Methodik für den Teilnahmewettbewerb gehandhabt. Während bei einem Teil die geforderten Nachweise und Bewerbungsbedingungen lediglich aufgelistet waren, wurde in anderen Fällen zusätzlich die Kriterien und die Gewichtung eingehend beschrieben, wie z.B. bei der Sierra Yoyo Desan Road in Kanada. Der Bewertungsspielraum der Vergabestelle wird bei den Projekten trotz Bekanntgabe der Auswahlmethodik durch Einführung eines Punktesystems gewahrt. Der Auftraggeber konnte diese Punkte nach seinem Ermessen den Nachweisen zuordnen. In Frage kommen dafür z.B. Schulnoten von 1-10 für den Erfüllungsgrad der Kriterien:

- Erfolg des Referenzprojekts,
- Komplexität und Volumen des Projekts,
- Relevanz für dieses Projekt und
- Anteil der eigenen Aktivität

Zusätzlich wurden Mindestanforderungen und Ausschlusskriterien definiert, die zu einem Ausschluss der Bewerber führen. Durch Ermessensentscheidung, inwieweit die Kriterien bei den einzelnen Referenzprojekten erfüllt werden, wird der Vergabestelle die Erstellung einer Rangfolge zur Auswahl einer geeigneten Anzahl Bieter ermöglicht.

Neben den einzuhaltenden Formalitäten eines europaweiten Teilnahmewettbewerbs erscheint eine qualitativ hochwertige Auswahl erst durch die gezielte Forderung von spezifischen Referenzen und kurzen Lösungsvorschlägen möglich. Daneben sollte den Bewerbern durch Angabe der Kriterien und Methodik der Auswahl das Feintuning der Bewerbungsgemeinschaft und der Nachweis ermöglicht werden. Damit werden beste Voraussetzungen für die Vergabestelle geschaffen, die Bewerber fair zu bewerten und

die „Geeignetsten“ zu ermitteln. Für die Vergabestelle bedeutet diese Vorgehensweise zwar Mehraufwand in der Vorbereitung der gewünschten Nachweise, ermöglicht ihr aber ein besseres Bild über die Bewerber zu zeichnen. Die einfache Auflistung der Hauptkategorien, in denen Nachweise zu erbringen sind bleibt hinter den Anforderungen der komplexen Projekte zurück.

Die Nutzung von Referenzprojekten und das Abverlangen einer Lösungsskizze, als Kompetenznachweis erscheint für die Auswahl der Bewerber und die Weiterentwicklung der Vergabeunterlagen zur Einbindung des Innovationspotenzials der Privaten vorteilhaft. Allerdings muss der damit verbundene Aufwand auf beiden Seiten mit dem Grad der zu diesem Zeitpunkt möglichen Verbindlichkeit der Aussagen abgewogen werden.

(c) Bekanntgabe von Wertungskriterien und -methodik (Angebotsbewertung)

Eine besondere Herausforderung für die Vergabestellen stellt bei komplexen Großprojekten dieser Art regelmäßig die Definition der Kriterien für die spätere Angebotsbewertung dar. Bei allen untersuchten Projekten, Guidelines und Gutachten wurden die Kriterien grundsätzlich in der Bekanntmachung bereits angegeben bzw. die Angabe empfohlen. Unterschiede sind insbesondere im Detaillierungsgrad und der Angabe von Methoden bzw. Gewichtungen auszumachen.

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die Angebote tendenziell von einem hohen Detaillierungsgrad profitieren, da die Bieter ihre Bewerbungen und Angebote stark an den Kriterien ausrichten. Sind nunmehr die Kriterien ein deckungsgleiches Abbild der Ziele des Projektträgers, kann die bestmögliche Erreichung derselben erwartet werden.

Im Teilnahmewettbewerb beschränkt man sich in aller Regel auf die qualitative Angabe der Kriterien ggf. mit Hinweis auf die Reihenfolge der Bedeutung. Erst später in den Vergabeunterlagen werden dann unterschiedlich präzise Angaben zur Wertungsmethodik und Gewichtung der einzelnen Kriterien und Unterkriterien gemacht.

Die frühzeitige Angabe der Kriterien ermöglicht es den Bewerbern, sich mit ihren Partnern entsprechend aufzustellen, eventuell weitere Kompetenzen zu akquirieren und sich entsprechend vorzubereiten.

Zeitplan und Meilensteine

Selbstverständlich ist die Bekanntgabe eines Zeitplanes für die Vergabe und die Umsetzung des Projekts in der Vergabebekanntmachung, da sie eine wesentliche Vorgabe mit Auswirkungen vor allem auf Kapazität und Kosten für die Unternehmen hat. Erfahrungsgemäß gestaltet sich die Planung des zeitlichen Rahmens für die Vergabe des Projektes schwierig, da sie von einer Reihe von häufig nur schwer einzuschätzenden Parametern wie Umfang und Inhalt der zu erwartenden Angebote, Ausrichtung und Prüfungsbedarf der zugelassenen Nebenangebote, Verhandlungsbedarf zu einzelnen Aspekten der Risikoverteilung, projekträgerseitiger Abstimmungs- und Entscheidungsbedarf etc., um nur einige wenige Unwegsamkeiten zu nennen, abhängt. Dies gilt natürlich insbesondere für die ersten ÖPP-Projekte in einem Land mit bisher wenig Erfahrung mit dieser neuen Beschaffungsvariante. Die Untersuchungen zeigen, dass oftmals die Bearbeitungs- bzw. Verhandlungszeit zu kurz angesetzt wurde. Die folgende Aufzählung zeigt konkrete Gründe für Verzögerungen im Vergabeprozess der untersuchten Projekte:

- Wahlen, Regierungswechsel oder andere politische Großereignisse,
- Verzögerung in Genehmigungsverfahren,
- Verfahrensrügen und Anfechtungen,
- Änderungsbedarf hinsichtlich ursprünglich zu ehrgeizigen, unrealistischen Vorgaben in Vergabeunterlagen (Risikoverteilung) im Verfahren

- Verlängerung der Angebotsabgabefrist nach Antrag aller Bieter und Zustimmung der Vergabestelle
- Verlängerte Bearbeitungszeit für die Wertung umfangreicher, aufwendiger Angebote (inkl. Beauftragung weiterer Studien, Gutachten, etc.).

In einigen Projekten hat es sich bewährt, einen indikativen Zeitplan im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs bekannt zu geben, der im weiteren Verfahren unter Umständen erweitert werden kann. Die folgende Box 11 zeigt beispielhaft den von der irischen Regierung vorgesehenen Zeitplan in ihren Guidelines für die Vergabe für ÖPP-Projekte:

Box 11: Erwarteter Zeitrahmen für die Vergabe von ÖPP Projekten mit Beschränkter Ausschreibung und Verhandlungsverfahren in Irland⁷¹

Procurement Phase	Restricted Procedure Target Completion (cumulative days)	Negotiated Procedure Target Completion (cumulative days)
Dispatch contract notice	0	0
Latest date for receipt of expressions of interest	37	37
Issue prequalification documentation	38	38
Receive prequalification submissions	70	70
Short list of tenderers or bidders	100	100
Issue Invitation to Tender or Negotiate	130	130
Receive responses from tenderers or bidders	220	220
Clarification or negotiation with tenderers or bidders	250	310
Selection of preferred tenderer or bidder	280	340
Clarification or negotiation with preferred tenderer or bidder	300	480
Award contract	390	540

Trotz der möglichen widrigen Umstände sollten klare und möglichst realistische Meilensteine vorgesehen werden, um allen Beteiligten einen „Fahrplan“ vorzugeben, damit genügend Druck zur zügigen Erledigung für beide Seiten entsteht. Sollten Veränderungen im Zeitplan notwendig werden, müssen sie mit allen Bewerbern/Bietern abgestimmt werden.

(d) Grundzüge des Vertrags

Die Erfahrungen und Empfehlungen der Praxis folgen auch in Bezug auf die mit der Leistung antizipierten Verträge dem Credo, dass der Informationsgehalt bei Beachtung des Aufwand-Nutzen-Verhältnisses so hoch wie möglich sein sollte. Darum werden bei Projekten in reiferen ÖPP-Märkten wie Irland, Großbritannien und Australien die Grundzüge der Verträge bereits in der Bekanntmachung mitgeteilt, zum einen, um den Bewerbern ein besseres Bild von den Anforderungen zu machen und zum anderen, um schon in diesem Stadium mögliche Vorschläge für Änderungen zu generieren. In

⁷¹ The Dept. of the Environment and Local Government, Procurement Management, 2000, S. 7.

diesem Sinne werden unveränderliche und verhandelbare Positionen des Projektträgers kenntlich gemacht. Typischerweise beziehen sich die Angaben auf Verpflichtungen des Konzessionsnehmers, Zahlungsmechanismen (Grundlagen, Anreizsystem, Struktur, Zahlungsprofil, Qualitätssicherung, Heimfall), bevorzugte Risikoverteilung und Performance-Kontrolle.

Im Sinne einer Partnerschaft scheint es angezeigt, die späteren Vertragsstrukturen schon während dem Teilnahmewettbewerb für die Bewerber zugänglich zu machen und unverhandelbare Positionen deutlich zu machen. Die Bewerber können sich einerseits besser vorbereiten und andererseits besser einschätzen, ob sie an der Ausschreibung teilnehmen.

3.7 Teilnahmewettbewerb (Präqualifikation)

3.7.1 Teilnahmebedingungen

Neben den üblichen Bedingungen zur Beachtung von Formfragen, wie Vollständigkeit, fristgerechte Abgabe usw. werden unterschiedliche Nachweise zur Ermittlung der Eignung eines Bewerbers verlangt. Sie stellen hauptsächlich auf die bisherigen Erfahrungen bei vergleichbaren Projekten, die vorhandenen Kapazitäten sowie die finanziellen Stärke des Bewerbers ab

Uneinigkeit scheint darüber zu herrschen, ob und in wie weit fehlende oder unvollständige Nachweise durch die Vergabestelle bis zur endgültigen Auswahl nachgefordert werden können. Einige Bekanntmachungen, wie jüngst für das ÖPP-Projekt Behördenzentrum Friedrichshafen, behalten sich diese Möglichkeit vor, während dies bei anderen zum zwingenden Ausschluss führt. Sicherlich ermöglicht es die Nachforderung gewünschte Wettbewerber im Rennen zu halten, aber andererseits besteht damit die Gefahr der Ungleichbehandlung, insofern es sich um „nicht ausreichende“ Nachweise handelt.

In Belgien existiert für die Bauwirtschaft ein staatliches Registrierungs- und Zulassungssystem, durch welches private Anbieter jährlich zertifiziert werden. Die registrierten Unternehmen werden in verschiedene Kategorien eingeordnet und damit für verschiedene Auftragsklassen qualifiziert. Auch in anderen Ländern wird teilweise mit solchen Bieterzertifikaten gearbeitet, für die sich z.B. in Österreich auch ausländische Bieter registrieren lassen können. Durch dieses Verfahren soll der Teilnahmewettbewerb effizienter gestaltet werden. Auch in Deutschland wird das Thema genereller Teilnahmewettbewerbe diskutiert. Im Rahmen des Masterplans „Bürokratieabbau“ hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit eine Studie erarbeiten lassen („Öffentliches Vergabewesen-Bürokratieabbau durch Präqualifikation?“, Abschlussbericht 30.01.2004). Grundgedanke ist, dass Unternehmen nicht mehr individuelle Eignungsnachweise für einzelne Projekte vorlegen, sondern sich gegenüber einer Agentur oder Behörde für bestimmte Auftragskategorien „präqualifizieren“. Am Beispiel öffentlicher Bauaufträge wurde eine quantitative Einschätzung möglicher Aufwandseinsparungen durchgeführt. Allerdings ist fraglich, ob sich dieses Instrument für die hier in Rede stehenden komplexen ÖPP-Projekte als brauchbar erweist. Projektspezifische Besonderheiten können jedenfalls ohne weitere Angaben nicht berücksichtigt werden. Außerdem lassen solcherart Systeme die Erstellung einer „short list“, wie sie für die Verhandlungsstruktur der ÖPP-Projekte benötigt wird, durch ihren statischen, auf Mindestkriterien beruhenden Aufbau nicht zu.

Die flexible Handhabung der Teilnahmebedingungen kann durchaus zur besseren Aufrechterhaltung des Wettbewerbes nützlich sein, sollte aber im Hinblick der Vergabegrundsätze einer zumindest fallweisen strengen Prüfung unterliegen. Ein Rückgriff auf Bieterzertifikate ist im Hinblick auf die komplexen Projekte nicht angezeigt.

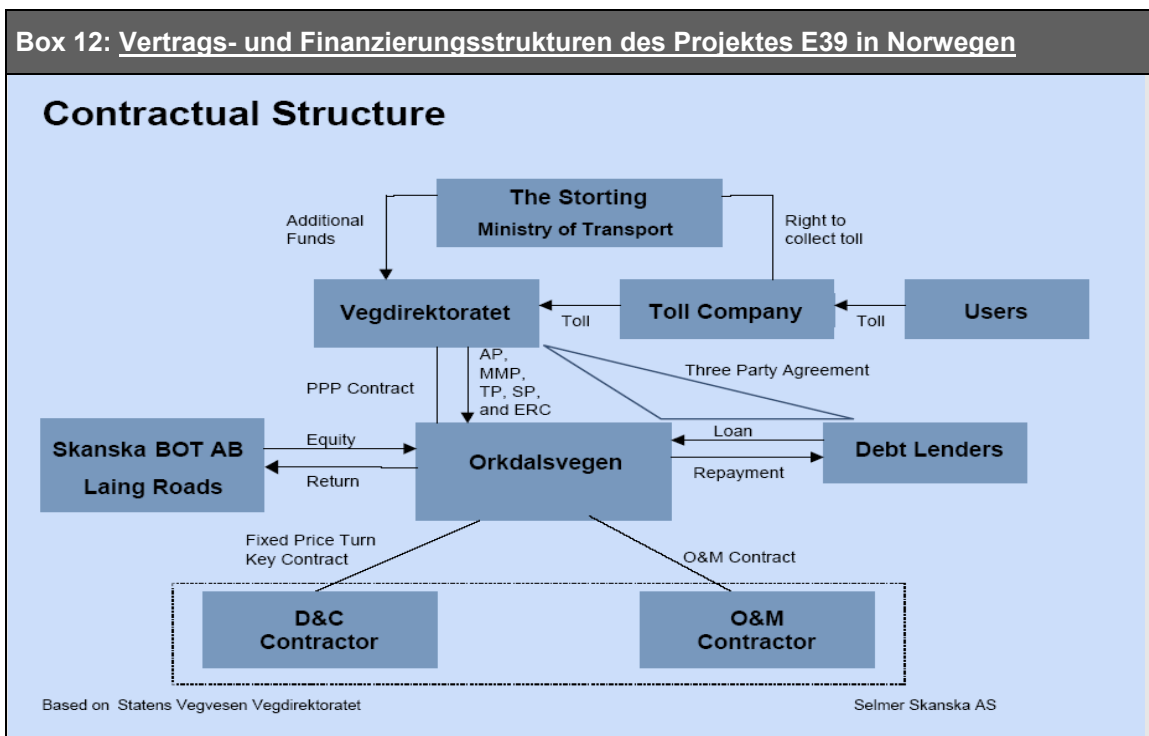
3.7.2 Bewerber-/Bietergemeinschaften

Bei den untersuchten Projekten handelt es sich fast ausschließlich um sehr komplexe Projekte, die neben Bau, Betrieb und Finanzierung teilweise auch Planungsleistungen oder erweiterte

Facility Management Leistungen forderten. Daher ist es nicht verwunderlich, dass bei den meisten Projekten Bietergemeinschaften als ARGE/BIEGE oder Konsortien auftraten. Üblicherweise wurden die geforderten Nachweise von jedem ARGE-Mitglied gefordert und zusätzlich die Erläuterung der ARGE-Struktur, der jeweiligen Anteile, der Aufgabenaufteilung etc. Ähnliche Angaben werden zur vorgesehenen Projektorganisation insbesondere der vorgesehenen Projektgesellschaft und ihrer Rechtsform nach Zuschlag erbeten. Unterschiede ergeben sich allerdings im Umgang mit Veränderungen innerhalb der ARGE.

Während manche Auftraggeber der Auswechslung von Partnern in präqualifizierten ARGEn bis zur Vertragsunterzeichnung (und darüber hinaus) sehr restriktiv ablehnend gegenüber stehen, wurde die Änderung der Zusammensetzung bis zur endgültigen Angebotsabgabe in Kanada (Sierra YoYo Desan Road) auf entsprechenden Antrag erlaubt. Selbstverständlich musste der Bewerber nachweisen, dass er dadurch nicht weniger geeignet ist.

Ein weitere Aspekt ergibt sich aus der eventuellen Notwendigkeit, nach Vergabe, vielleicht in der Betriebsphase die Zusammensetzung der ARGE zu ändern. Grundsätzlich (wie auch in Norwegen) werden bei Schlechterfüllung der geforderten Leistung sog. „step-in-rights“ für die finanzierenden Banken gewährt. Ohne dieses Recht käme keine Projektfinanzierung zu Stande (siehe Box 12). Außerdem kann es sinnvoll sein, die Gesellschafterstruktur den speziellen Anforderungen der Projektphase anzupassen, um z.B. eine Re-Strukturierung der Finanzierung zu ermöglichen. Generell wird jedoch bei den Projektträgern großer Wert darauf gelegt, die ursprüngliche Zusammensetzung beizubehalten und z.B. Bauunternehmen nicht nach Fertigstellung des Bauwerks aus ihrer Investorenrolle zu entlassen und evtl. durch andere Eigenkapitalgeber zu ersetzen.



In Verbindung mit der Bewerbergemeinschaft ist bisher in Deutschland (Hochbau-Projekte) umstritten, ob sich die spätere Objektgesellschaft schon dem Teilnahmewettbewerb stellen muss. Sicherlich wäre dies aus Sicht der Rechtssicherheit vorteilhaft, allerdings ist damit für jede Bewerbergemeinschaft ein nicht unwesentlicher Gründungsaufwand verbunden. Es erscheint in dieser Hinsicht ausreichend, wenn die Bewerber ihre Absichten darstellen und die geplanten Strukturen offen legen.

Grundsätzlich sollte während der Ausschreibung die **Änderung der Bewerberzusammensetzung restriktiv** gehandhabt werden. Zur optimalen Strukturierung der Angebote kann es sinnvoll sein, die Berggemeinschaften zu ergänzen. Im Sinne der Kreditsicherung im Rahmen der Projektfinanzierung scheint es unumgänglich, den Fremdkapitalgebern gewisse Eintrittsrechte einzuräumen. Sinnvoll erscheint ebenfalls eine zumindest teilweise Entlastung der Sponsoren nach einer Haltefrist der Anteile über die Baufertigstellung hinaus, um dem internationalen Kapitalmarkt den Zugang zu ermöglichen. Selbstverständlich bedarf die Änderung der Eigenkapitalstruktur der Prüfung und Zustimmung des Konzessionsgebers.

3.7.3 Kommunikation während des Teilnahmewettbewerbs

Die Kommunikation während des gesamten Vergabeverfahrens ist von dem Zwiespalt geprägt, dass einerseits ein **bestmöglicher Informationsaustausch** und Know-How-Transfer zur effizienten konzeptionellen Lösung des Projektes wünschenswert ist. Dem gegenüber muss jegliche Kommunikation zwischen Bewerbern/Bietern den Grundsätzen der **Transparenz und Gleichbehandlung** folgen. Während Gespräche durch einen zusammenhängenden Dialog die besten Ergebnisse versprechen, sind sie durch das („flüchtige“) gesprochene Wort vor dem Hintergrund der Grundsätze am wenigsten geeignet. Dennoch wird zum Vorteil der Gesamtwirtschaftlichkeit von verschiedenen Projekten dieser Weg gewählt. Kommunikation findet dabei in verschiedenen Phasen und Formen statt.

Zur Verbesserung des Verständnisses der Bewerber wurden z.B. in Niederlanden (HSL) und Österreich (PPP-Ostregion) zum Auftakt des Teilnahmewettbewerbs Baustellenbesichtigungen bzw. Bewerberkonferenzen durchgeführt, um allen Interessenten ein einheitliches und umfassendes Bild des in Rede stehenden Projektes zu geben. Dabei wurden die Projekte präsentiert bzw. Referenzbauten (vor allem im Hochbau, z.B. Gütersloh) vorgestellt. Diesem Vorgehen entgegen steht die Gefahr von Absprachen der Bewerber untereinander, die durch eine Geheimhaltung der Interessenten ausgeschlossen werden soll. Allerdings kann diesem Argument insofern nicht entsprochen werden, da es nach Aussagen von Marktteilnehmern „ein leichtes ist“, die Mitbewerber zu ermitteln. Ein weiteres Gegenargument wäre die schwierige gleichmäßige Informationsverteilung, wenn Bewerber nicht an dem Treffen teilnehmen und hernach nur über ein Protokoll Informationen erhalten. Allerdings wird diesem Argument durch die Gewährung der Teilnahmemöglichkeit für alle Bewerber die Grundlage entzogen, die europaweit im EG-Amtsblatt bekannt gemacht wird⁷².

Bewerber/Bieter können verpflichtet werden, neue Erkenntnisse zum Projekt allen Beteiligten zugänglich zu machen, soweit sie nicht geistiges Eigentum berühren. In Australien hingegen ist es Aufgabe der ausschreibenden Stelle ein anonymisiertes Protokoll über die Gespräche mit sämtlichen Bietern zu verfassen und die darin erzielten Ergebnisse zu veröffentlichen. Anschließend wird der Inhalt des Protokolls durch den Probit Manager kontrolliert, der sämtlichen Gesprächen beisitzt.

Fragen der Bewerber werden üblicherweise schriftlich an die Vergabestelle gestellt und anschließend die Antworten in anonymisierter Form allen Bewerber zur Verfügung gestellt. Bei dem Sierra YoYo Desan Road Projekt in Kanada wurden die Fragen nur für den anfragenden Bewerber beantwortet, was unter Gesichtspunkten der Gleichbehandlung allerdings bedenklich erscheint. Vorteile der Schriftform sind vor allem in der Belegbarkeit zu sehen und in der unverfälschten Verteilung an alle Bewerber/Bieter.

Denkbar wäre, nach Auswahl der Bewerber, aber vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe getrennte Konsultationsrunden mit den späteren Bietern durchzuführen. In mehreren Runden können die Bieter ihre Vorstellungen aus eingereichten Lösungsskizzen präzisieren. Durch die zu diesem Zeitpunkt noch geringe Bereitschaft der Bieter zur Preisgabe von Know-How, welches in die Vergabeunterlagen einfließen sollte, ist hier nicht mit konkreten Ansätzen zu rechnen. Vielmehr werden die Bieter darstellen, wo sie grundsätzliche Probleme sehen. Allerdings sollte die Vergabestelle prüfen, ob die Ergebnisse einerseits mit den Angaben in der Bekannt-

⁷² Vgl. Bekanntmachung 2004/S 179 153379: Open Day für das Projekt PPP-Ostregion, Österreich.

machung übereinstimmen und andererseits weiterhin ihre Ziele widerspiegeln. Keinesfalls darf es gegenüber den nicht präqualifizierten Bietern und solchen, die sich gerade auf Grund der in der Ankündigung bekannt gegebenen Risikoverteilung gar nicht erst beworben haben, zu Benachteiligungen kommen.

In Südafrika, Australien und weiteren Projekten wurden für die ausgeschiedenen Bewerber sog. „Debriefings“ durchgeführt, in denen sich die Bewerber im Dialog über die Gründe für ihr Ausscheiden informieren konnten. Dies hat gegenüber der sonst üblichen (und in jedem Fall auch zusätzlich erforderlichen) schriftlichen Benachrichtigung über die Gründe den Vorteil, dass der Bewerber Anregungen und die Ablehnung mit der Vergabestelle diskutieren kann und somit die Wahrscheinlichkeit für eine Anfechtung verringert wird.

Der Datenraum im Internet als effizientes Instrument zur Informationsbereitstellung wurde nach unseren Erkenntnissen bisher von keinem europäischen Projekt angewendet. Die in einem Datenraum vorhandenen Daten sollten immer den neuesten Stand widerspiegeln und alle Informationen strukturiert bereitstellen. In Australien sind elektronische Medien ebenso Standard wie die elektronische Ausschreibung selbst. Im kanadischen Sierra YoYo Desan Road Projekt wurde wie in den meisten untersuchten Projekten ein stationärer Datenraum eingerichtet, in dem vor allem umfangreiche, nicht elektronisch verfügbare Planunterlagen bereitgestellt wurden.

Bei der Kommunikation während des Vergabeverfahrens ist insbesondere zwischen dem **Ziel der bestmöglichen Projektgestaltung** und den **Vergabegrundsätzen Transparenz und Gleichbehandlung** abzuwägen. Es ist sicherzustellen, dass geistiges Eigentum der Bieter nicht in Verhandlungen mit anderen Bietern eingebracht wird. Einen gangbaren Weg erscheint der in Australien etablierte Probita Manager als unabhängiger Beobachter zu bieten.

Im Sinne eines gemeinsamen Projektverständnisses und zur Demonstration der Projektstrategie stellt eine Startveranstaltung für alle interessierten Teilnehmer eine wünschenswerte Option dar. Diese offene Informationspolitik sollte auch für die Beantwortung der Fragen der Bewerber fortgeführt und alle Bieter anonymisiert gleichermaßen informiert werden. Als wertvoll hervorgehoben werden von internationalen Marktteilnehmern und Behörden die angesprochenen Debriefings um Value for Money für Folgeprojekte zu generieren. Die Vorteilhaftigkeit von persönlichen Gesprächen muss im Einzelfall gegenüber der Vergabesicherheit abgewogen werden.

Aus Gründen der Datensicherheit empfiehlt sich eine Kombination aus elektronischer und konventioneller Datenbereitstellung (Datenraum) und Kommunikation, da einerseits die elektronischen Daten fehlerhaft sein können, aber andererseits am effizientesten zu verbreiten sind. Bei Aktualisierung der Daten kann dann eine automatische Nachricht an die im Verfahren Beteiligten erfolgen.

3.7.4 Auswahl unter den Bewerbern

(a) Anzahl der auszuwählenden Bieter

Die Anzahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber ist generell vom Auftraggeber festzulegen, wobei sich Hinweise auf Ober- und Untergrenzen meist im nationalen vergaberechtlichen Bestimmungen finden. Angebote für PPP-Projekte sind naturgemäß sowohl für die Bieter bei der Erstellung als auch für die Vergabestellen bei der Wertung äußerst aufwändig. Insofern gilt es einerseits eine entsprechende Wettbewerbssituation zu schaffen, andererseits die Kosten des gesamten Verfahrens auf beiden Seiten in Grenzen zu halten.

International üblich sind drei bis sechs, meist jedoch vier oder maximal fünf Bieter. Bei den jüngst in Deutschland ausgeschriebenen (überwiegend vergleichsweise kleinvolumigen) ÖPP-Projekten im öffentlichen Hochbau wurden mit einer Auswahl von fünf Bietern nach Teilnahmewettbewerb generell gute Erfahrungen gemacht. Bei der Warnowquerung beschränkte man sich auf drei, bei der Travequerung auf fünf Bieter, von denen allerdings nur vier Bieter Angebote einreichten. Bei der Festlegung der Bieter sind verschiedene Aspekte gegeneinander abzuwägen.

- (i) Hohe Anzahl Bieter:
 - Wahrscheinlichkeit günstiger Angebote steigt durch hohen Wettbewerbsdruck,
 - Gefahr des Ausscheidens aller qualifizierten Bieter vor Zuschlag sinkt,
 - Mehr Alternativen bei Rückzug einzelner Bieter aus dem Verfahren,
 - Motivation der Bieter nimmt mit steigender Anzahl und damit sinkender Erfolgchance ab.
 - Höhe der evtl. vorgesehenen Angebotsvergütung steigt
 - Prozessrisiken wachsen und evtl. Folgekosten im Rügefall steigen
 - Beteiligung der Bieter an weiteren Ausschreibungen wird erschwert
- (ii) niedrige Anzahl Bieter:
 - Begrenzung des Aufwandes auf Seiten der Bieter und der Vergabestelle,
 - angemessener Wettbewerbsdruck bei höher motivierten Bietern i.d.R. ab mindestens drei Bietern möglich,
 - die Gefahr einer deutlicheren Verschlechterung der Verhandlungsposition oder gar des Abbruchs von Verfahren wegen Ausscheidens von Bietern.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Umstände und der gerade in Deutschland gemachten Erfahrung erscheint uns eine **Beschränkung der Anzahl der Teilnehmer** an der Angebotsphase auf **vier oder fünf Bewerber** als angemessen.

(b) Auswahlverfahren

Die Auswahl der Bewerber erfolgte in allen Fällen unter Berücksichtigung der geforderten Nachweise und der angegebenen Bewerbungsbedingungen. Für die Auswertung wurden die daraus abgeleiteten Kriterien in verschiedener Gewichtung verwendet. Diese Vorgehensweise wurde bei sämtlichen untersuchten Projekten angewendet und in Guidelines und Gutachten empfohlen. Vorgeschaltet wird regelmäßig eine Konformitätsprüfung, im Rahmen derer formale Grundvoraussetzungen und Mindestanforderungen bei denen ein „Mehr“ an Qualität unerheblich für die Eignung ist, überprüft werden. Durch diese Mindestanforderungen kann sichergestellt werden, dass nur bis zu einem gewissen Grad sinnvolle Kriterien nicht zu einer Überbewertung führen. So ist es z.B. unerheblich, ob ein Unternehmen bei Investitionsvolumen von 100 Mio. € über einen Jahresumsatz von 1 Mrd. € und ein anderes von 10 Mrd. € verfügt, da – bei ansonsten gleicher Bewertung – dem Grunde nach beide in der Lage wären, das Projekt umzusetzen. Solche Mindestanforderungen sind projektspezifisch zu entwickeln. Im Anschluss wird die Nutzwertanalyse nur auf die tatsächlichen qualitativen Unterschiede (je höher, desto besser) der Bewerber angewendet (siehe Box 13).

Box 13: Auswahlmethodik

Auswahlprozess in vier Stufen:

1. Generelle Ausschlusskriterien (z.B. Fristversäumnis)
2. Vollständigkeit der Angebote (Nachweise, etc.)
3. Erfüllung der Mindestanforderungen (Umsätze, Registerauszüge, Mindestreferenzen, etc.)
4. Gewichteter Auswahlprozess

Aufgabe des Auswahlverfahrens ist die objektive Eignungsprüfung der Bewerber und die Erstellung einer entsprechenden Rangliste. Es bietet sich an, neben den Erfordernissen für Form und Vollständigkeit weitere Mindestanforderungen festzulegen, die bei einer Übererfüllung nicht zu einer verbesserten Eignung führen. Der eigentliche Wahl-

prozess findet erst mit Anwendung gewichteter Kriterien (siehe oben Kapitel 3.6.2 - b) statt. Insbesondere die Kriterien und die zugehörige Gewichtung sind projektspezifisch und modellspezifisch (Ideenwettbewerb, F-Modell) anzupassen und mit den Projektzielen abzugleichen.

3.8 Angebotsphase

3.8.1 Aufforderung zur Angebotsabgabe

Die Angebotsaufforderung erfolgt schriftlich und unterliegt den jeweiligen nationalen vergaberechtlichen Bestimmungen.

3.8.2 Angebotsbedingungen

(a) Zeitrahmen

Der Zeitrahmen des Verfahrensablaufes muss der Komplexität und dem Volumen eines Projektes angemessen sein. Private Unternehmen müssen in die Lage versetzt werden, ihre Konzepte ausreichend detailliert formulieren zu können. Neben dem Planungsprozess sind insbesondere die wirtschaftliche und rechtliche Strukturierung des Projektes zu leisten. Demgegenüber geht mit der zeitlichen Ausdehnung die Steigerung des Aufwandes auf Seiten von Auftraggeber und Bieter einher. Wesentlichen Einfluss auf den Zeitrahmen hat die Qualität der Vorbereitung des Projektes seitens des Auftraggebers. Erfahrungsgemäß können Abstimmungs-, Entscheidungs- und Genehmigungsprozesse auf Seiten des Projektträgers aber auch Rügen und Klagen der Bieter den Verfahrensablauf unvorhergesehen verzögern.

Die Annahme für Projekte in Irland sieht eine Bearbeitungszeit von vier Monaten im Beschränkten Verfahren und sechs Monaten im Verhandlungsverfahren vor. Bis zur Wahl des bevorzugten Bieters ist jeweils ein weiterer Monat vorgesehen. Auch der Zeitbedarf von sechs Monaten für die beschränkte Ausschreibung nach EU-Teilnahmewettbewerb im Falle des Herrentunnels Lübeck war damit vergleichbar.

Im internationalen Vergleich finden sich aber auch Beispiele für wesentliche Abweichungen von diesem Zeitrahmen. Letztlich sind diese immer auf die Qualität der Vorbereitung und der Organisation des Projektträgers und der ausschreibenden Stelle zurückzuführen. So konnte die Angebotsbearbeitung des trotz einer Länge von 188 km relativ kleinen Sierra YoYo Desan Road Projektes in Kanada innerhalb von sieben Wochen durchgeführt und der bevorzugte Bieter bereits zwei Wochen später ernannt werden.

Eine Bearbeitungszeit für die Angebote des A-Modells [im Rahmen der „Konventionellen Planung“] von vier bis sechs Monaten erscheint je nach Komplexität sinnvoll, um einerseits Innovationen zu fördern und andererseits genügend Druck auf die Bieter auszuüben sowie die Kosten gering zu halten. Für das F-Modell, Ideenwettbewerb und Mischmodell sind unter Umständen längere Bearbeitungszeiten vorzusehen, da hier die Komplexität durch verschiedene Aspekte noch erhöht wird.

(b) Organisatorische Inhalte

Wie im Teilnahmewettbewerb sind auch bei der Angebotsaufforderung Bedingungen zu setzen, welche für alle Bieter gleichermaßen den Rahmen zur Angebotsbearbeitung bilden. Diese Angebotsbedingungen bestehen einerseits aus Formalitäten, wie Abgabetermin und Format der Unterlagen und enthalten andererseits Angaben zum Verfahrensablauf. Außerdem behalten sich die Vergabestellen in aller Regel verschiedene Rechte vor, wie

- die Möglichkeit, Unterlagen und Erläuterungen nachzufordern,
- die Möglichkeit die Anzahl der Bieter weiter zu reduzieren,

- die Möglichkeit Verfahren aufzuheben, wenn die Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen wird (im Vergleich zum PSC),
- während den Verhandlungen mit Bieter unter bestimmten Voraussetzungen weitere Verhandlungen mit Reservebietern oder nachfolgenden aufzunehmen.

In einzelnen Fälle, werden mit der Angebotsabgabe sog. Bid oder Tender Bonds verlangt, welche die Bieter während der Verhandlungsphase disziplinieren sollen. Diese Bid Bonds haben sich jedoch in der Praxis als sehr kostspielig für beide Seiten erwiesen und werden nur in Ausnahmefällen empfohlen. Da die Planungs- und Bieterkosten sowieso schon 5-10% der gesamten Projektkosten ausmachen, erscheint es nicht sinnvoll, diese Kosten noch zu erhöhen, zumal wenn mehr als drei Bieter daran teilnehmen. Die notwendigen Kosten stehen demnach in einem unangemessenen Verhältnis zur Chance, den Ausschreibungswettbewerb zu gewinnen.

Aufgrund der bei komplexen Infrastrukturprojekten oben erwähnten hohen Angebotskosten werden die unterlegenen Bieter bei einigen Projekten mit einer nicht auskömmlichen Entschädigung bedacht. Typischerweise werden diese Kosten von dem obsiegenden Bieter getragen und in sein Angebot einkalkuliert. Dementsprechend verteuert sich das Projekt. Der Bieter, der letztendlich den Vertrag erhält, wird für seine Aufwendungen nicht entschädigt.

Die Formalitäten, Rechte und Pflichten in den Angebotsbedingungen sind sorgfältig von der Vergabestelle vorzubereiten, da sie über den weiteren Ablauf des Verfahrens bestimmen. Auf Bid Bonds oder ähnliche disziplinierende Maßnahmen kann insoweit verzichtet werden, wenn die Projektstrukturierung marktgerecht gelingt und ein starker Wettbewerb um das Projekt initiiert werden kann. Als disziplinierende Maßnahme sollte der mögliche Ausschluss des Bieters aus dem Verfahren genügen. Für die weniger aufwendigen Angebote der A-Modelle „Konventionelle Planung“ scheint eine Entschädigung für unterlegene Bieter unnötig zu sein, insofern der Vergabeprozess und die Angebotsstruktur eine schlanke Kostenstruktur bei den Bieter erlauben. Lediglich für die zwei bis drei Teilnehmer an der Verhandlungsphase, von denen ein weiteres letztes Angebot gefordert wird, könnte eine Entschädigung sinnvoll sein. Sicherlich muss eine Entschädigung beim Ideenwettbewerb bzw. Mischmodell und dem komplexeren F-Modell nochmals abgewogen werden.

(c) Bedingungen für Haupt- und Nebenangebote

In der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten ist zu benennen, ob und in welcher Form Alternativangebote im Verfahren zulässig sind. Im Rahmen des Angebotsprozesses ergeben sich aus Sicht der Wettbewerber möglicherweise Konstellationen, die unterschiedliche Lösungsvarianten zulassen. Durch die Formulierung von Alternativangeboten erhält der Auftraggeber die Möglichkeit, seine bevorzugte Variante zu wählen. Für Wettbewerber ist es somit einfacher, Innovationen einzubringen, da gegebenenfalls Varianten parallel angeboten werden können. In Alternativangeboten können private Unternehmen zusätzliches Optimierungspotenzial aufzeigen und Alleinstellungsmerkmale ihres Angebotes besser umsetzen.

In den internationalen Projekten wurden im Sinne einer Optimierungs- und Innovationsmöglichkeit Alternativangebote zugelassen bzw. waren ausdrücklich erwünscht. Sie können im Wesentlichen bei den Bereichen Technik, Finanzierung und Risikoteilung auftreten. Erreicht wird dies meist durch Output-Spezifikationen, die generell Spielraum für Innovationen offen lassen. Ob und wie ein Hauptangebot zu vorher spezifizierten Bedingungen vorzulegen war, ist verschieden. So wurde bei einigen Projekten ein Gebot auf den Konzessionsvertrag erwartet. In Alternativangeboten sollten die Bieter deutlich machen, welche Veränderungen sie wünschen und welche Auswirkungen dies auf den Preis, die Risikoverteilung und für die Vergabestelle hätte. Beim kanadischen Yoyo Desan Road-Projekt wurde nur ein Hauptangebot gefordert und zusätzlich die Bepreisung von vordefinierten Optionen verlangt. Beim Herrentunnel Lübeck waren bedingt durch die Ausschreibung als Ideenwettbewerb nur Alternativangebote gefordert.

Werden Alternativangebote nicht zugelassen bestehen mitunter nur eingeschränkte Handlungsalternativen zur Optimierung einzelner Leistungsbestandteile. Aus wirtschaftlicher Sicht werden Potenziale zu Innovation und Variantenreichtum nicht genutzt. Die Bewerber haben weniger Chancen, sich von ihren Mitbewerbern durch besondere Ideen und Konzepte zu differenzieren.

Auf Seiten der Auftraggeber erhöht sich der Aufwand um die Prüfung und Bewertung von Alternativangeboten, die Vergleichbarkeit zwischen den Bewerbern wird gegebenenfalls erschwert. Daher wurden wie oben erwähnt die Bieter teilweise aufgefordert, die Abweichungen von der vorgegebenen Variante zu bepreisen und die Auswirkungen darzustellen.

Aus Gründen der **Nachvollziehbarkeit und Vergleichbarkeit der Angebote** sollte beim A-Modell bei konventioneller Planung mit Leistungsprogramm ein bevorzugtes Angebot auf der Basis der vorgegebenen Standards (Entwurf des Konzessionsvertrages sowie projektspezifische Risikomatrix) abgefordert werden. Die vorzugebenden Parameter könnten insbesondere sein:

- Ausführungsplanung, Bauausführung entsprechend Planfeststellungsbeschluss (Einhaltung aller rechtlichen Rahmenbedingungen),
- Technische Lösung im Einklang mit den vorgegebenen technischen Spezifikationen,
- Konzessionsdauer [30] Jahre,
- Finanzielle und kommerzielle Bedingungen gemäß Vorgabe in den Vergabeunterlagen (z. B. Höhe Anschubfinanzierung, Anteil Mautweiterleitung).

Daneben sind Alternativangebote in wirtschaftlicher, technischer und rechtlicher (Risiko) Hinsicht denkbar. Aus Gründen der Vergleichbarkeit wird empfohlen, in einer ersten Runde nur technische Alternativangebote (unter Angabe von Verhandlungsbedarf) zuzulassen und zu werten (siehe 3.9). Diese sind zum einen in ihrer maximalen Anzahl zu definieren (nicht mehr als 3), zum anderen ist aufzuführen, welchen **Mindestanforderungen** die Alternativangebote genügen müssen bzw. welche Angebotsbestandteile gegebenenfalls nicht vom Hauptangebot abweichen dürfen, z. B.:

- Technische Mindestspezifikationen
- Mindestlaufzeit der Konzession
- Evtl. Maximale Höhe der Anschubfinanzierung.

Grundsätzlich gilt es, möglichst wenig Einschränkungen für die Alternativangebote zu machen, soweit diese nicht quasi zwingend erforderlich bzw. geboten sind. Für die Verhandlungsphase ist Verhandlungsspielraum herauszuarbeiten, um das Ziel, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln bzw. diesem den Zuschlag zu erteilen, zu erreichen. Hinsichtlich der Aspekte, die dem Auftraggeber besonders wichtig erscheinen (und die er nach Möglichkeit auch in Alternativangeboten beibehalten möchte), sollte eine Einbeziehung in die Bewertungsmatrix erfolgen. Dies wäre dann auch entsprechend bei den Bewertungskriterien herauszustellen bzw. entsprechend bekannt zu geben.

Hinsichtlich der Alternativangebote sollten für jede vorgeschlagene Abweichung gegenüber dem Hauptangebot folgende Angaben separat ausgewiesen werden:

- Erläuterung der Abweichung vom Hauptangebot,
- Herausarbeitung der Unterschiede in technischer und finanzieller / kommerzieller Hinsicht (Berücksichtigung von Sicherheits- / Umweltaspekten, Zahlungsstruktur, Risikoverteilung, etc.) zur eigenständigen Nachvollziehbarkeit durch den Auftraggeber,
- Einschätzung der Veränderungen in Kosten- und Risikohinsicht unter Angabe der für die Kalkulation getroffenen Annahmen.

Sofern mehrere Veränderungen gegenüber dem Hauptangebot in einem Alternativangebot vorgenommen werden, sollten die oben dargestellten Angaben in jedem Fall

separat für jede Veränderung ausgewiesen werden, um eine Bewertung der Vorteilhaftigkeit der vorgeschlagenen Änderungen und die erforderlichen Anpassungen im Rahmen der Berechnungen zum Wirtschaftlichkeitsvergleich (PSC-Kalkulation) vornehmen zu können.

Auf Basis des Hauptangebotes sollte ferner eine **Referenzberechnung** vorzulegen sein, die unter sonst gleichen Bedingungen des Hauptangebotes ein vorgegebenes Verkehrsreferenzszenario bzw. einen Referenzzins zu Grunde legt. Sofern in Alternativangeboten diesbezüglich Veränderungen in den Kalkulationen vorgenommen wurden, sollte auch für die betreffenden Alternativangebote eine solche Referenzberechnung vorgelegt werden. Das Verkehrsreferenzszenario dient insbesondere dazu, die Angebote durch vergleichbare Einnahmeströme wertbar zu machen. Gleiches Ziel wird mit einer von den Bietern zu fordernden Berechnung unter Nutzung eines Referenzzinses verfolgt. Damit werden Unschärfen der Angebote hinsichtlich der Finanzierungsstruktur ausgeglichen, da die vorgeschlagenen Lösungen (noch) nicht durch den Finanzierungsschluss (Financial Close) gesichert sind. Selbstverständlich sind die Referenzberechnungen nicht als bindende Angebote hinsichtlich der Höhe der Anschubfinanzierung zu werten, sondern lediglich zu Vergleichszwecken notwendig.

3.8.3 Verdingungsunterlagen

(a) Form des Entwurfes des Konzessionsvertrags

Vertragsentwürfe wurden bei den einzelnen Verfahren in unterschiedlicher Form durch den Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Bekannte Optionen variieren vom Bezug auf schon vorhandenen Standard- oder Musterverträgen (z.B. PFI in GB oder auch A- und F-Modelle) über sog. „term sheets“ mit Konzentration auf die gewollte Risikoverteilung und projektspezifisch erstellten Vertragsentwürfen bis hin zu voll ausformulierten und nicht mehr weiter verhandelbaren Vertragsdokumenten (z.B. Cross Israel Highway).

In einem term sheet werden Mindestbedingungen für den Vertrag aus Sicht des Auftraggebers benannt. Durch die Beschränkung auf die wesentlichen vertraglichen Inhalte bietet sich für die Wettbewerber die Möglichkeit, Innovationen und Ideen zu erarbeiten und in den zu erstellenden Vertragsentwurf einfließen zu lassen. Ein Nachteil dieser Vorgehensweise ist es, dass der Auftraggeber eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragsentwürfe prüfen und kommentieren muss. Dieser Prozess kann sich sehr kosten- und zeitintensiv erweisen.

Bei der Bereitstellung von Vertragsentwürfen ist insbesondere die Möglichkeit von Änderungsvorschlägen durch die Wettbewerber für den Verfahrensablauf maßgebend. Sind sämtliche Klauseln innerhalb eines Vertragsentwurfes verhandelbar, steigt mit dieser Flexibilität generell die Marktstellung von innovativen Bietern. Weiterhin wird die Anpassung an spezielle Unternehmensanforderungen ermöglicht. Es ergibt sich aber im Vergleich zu nicht verhandelbaren Vertragsentwürfen ein erhöhter Rechtsberatungsbedarf sowohl auf Seiten der Bieter als auch für den Auftraggeber.

Werden Vertragsentwürfe bereitgestellt, die nicht Gegenstand eines Verhandlungsprozesses sind, wie bei einer beschränkten Ausschreibung zu erwarten, sind die Sicherung der Interessen des Auftraggebers und die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet. Nachteilig erweist sich insbesondere die Einengung von Effizienzvorteilen, die gegebenenfalls entsprechende vertragliche Grundlagen erfordern. Bei bestimmten Vertragsinhalten kann die Finanzierbarkeit des Projektes gefährdet oder die Bieter nicht bereit sein, bestimmte Risiken zu tragen – so genannte *deal breaker*. Im Falle unverhandelbarer Vertragsentwürfe muss eine entsprechende Berücksichtigung von Detailfragen aus Sicht der Wettbewerbsteilnehmer erfolgen.

Wird eine Mischform angewendet und sind einzelne Positionen innerhalb des Vertrages von Änderungsvorschlägen ausgenommen, lässt sich eine gute Konzentration auf Effizienzpotenziale erreichen. Gleichzeitig können die Interessen des Auftraggebers durch das Festschreiben von Eckpunkten gewahrt werden. Allerdings ist auch hier bei den

unverhandelbaren Punkten darauf zu achten, dass aufgrund falscher Annahmen kein *deal breaker* darunter ist, da dies zu erheblichen Schwierigkeiten im Vergabeprozess führt.

Werden Änderungen durch Marktteilnehmer an Vertragsentwürfen vorgenommen, so ist grundsätzlich zu hinterfragen, welche Änderungen sich insbesondere für Risikoverteilung, Preis und Finanzierung ergeben. Ansonsten ist die Vergleichbarkeit der Angebote gefährdet.

Die Entwicklung von Vertragsentwürfen ist ein wichtiger Schritt innerhalb des Vergabeprozesses. In Deutschland wurden in Zusammenarbeit mit den Privaten für A- und F-Modelle bereits **Musterkonzessionsverträge** erarbeitet, die nunmehr noch der projektspezifischen Anpassung bedürfen. Durch die frühzeitige und gründliche Vorbereitung und die allgemeine Kenntnis der Verträge kann der Ablauf des gesamten Verfahrens positiv gestaltet werden. Für die Anpassungen sind verschiedene Zeitpunkte für die Veröffentlichung zu empfehlen:

- Grundzüge der Vertragsentwürfe und Risikoverteilung z.B. in Form eines term sheets bereits in den Teilnahmewettbewerbsunterlagen
- Grundsätzlich verhandelbare Vertragsentwürfe in den Angebotsunterlagen, die von den Bietern zu kommentieren sind
- Während des laufenden Verfahrens als Ergänzung zu sonstigen Unterlagen und Weiterentwicklung im Rahmen der Verhandlungen.

(b) Risikoallokation

Die Verteilung von Risiken sollte zur wirtschaftlichen Optimierung nach dem Grundsatz erfolgen, dass derjenige ein Risiko trägt, der es am besten beeinflussen kann. Die Zuordnung von Risiken wird letztendlich im Vertragswerk fixiert.

Die Risikoallokation ist ein wichtiger Verhandlungsschwerpunkt, für die es zweckmäßigerweise Vorgaben zu schaffen gilt. So ist die Bereitstellung einer ausführlichen Risikomatrix durch den Auftraggeber im Vorfeld des Verfahrens denkbar. Der Auftraggeber kann in diesem Dokument die aus seiner Sicht geeignete Risikostruktur dokumentieren.

Zum Beispiel beim HSL in den Niederlanden und bei der Fehmarnbeltquerung war eine generelle Risikostruktur auch Teil eines **Markterkundungsverfahrens**, wobei die interessierten Unternehmen zu einer generellen Einschätzung einer geeigneten Risikoverteilung aufgefordert werden.

Die Risikoallokation ist das wesentliche Element eines Betreibermodells. Es ist daher schon während der Vorbereitung unter Beachtung der Anreizwirkungen gründlich zu untersuchen (wenn möglich in einer Markterkundung), welche Risiken am sinnvollsten von welchem Partner zu tragen sind. In einem wettbewerblichen Verfahren kann davon ausgegangen werden, dass sich für jede auf den privaten Partner übertragbare Risikostruktur ein marktgerechter Preis finden lässt. Besonders sorgfältig sollte geprüft werden, welche Risiken unverhandelbar gestaltet werden, um keine für Bieter nicht tragbaren Risiken von der Verhandlung auszuschließen.

(c) Leistungsbeschreibung

Typischerweise erfolgt die Leistungsbeschreibung **ergebnisorientiert**. Dadurch besteht für die Unternehmen die Möglichkeit, Effizienzvorteile zu nutzen und Innovationen zu erarbeiten. Spezielles Know-How der privaten Unternehmen kann in geeigneter Weise in das Projekt eingebracht werden.

In Hinblick auf das Gesamtverfahren muss allerdings die Wahrung der Vergleichbarkeit von Angeboten gewährleistet werden. Eine Leistung ist so zu beschreiben, dass keine Unsicherheiten über die geforderte Leistung bestehen. Die Grundlagen dafür sind vom Auftraggeber zu schaffen, der die erhöhten Anforderungen bei Formulierung einer ergebnisorientierten Leistungsbeschreibung in technischer und rechtlicher Sicht leisten muss.

Für die Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in Deutschland sind üblicherweise Raumprogramme erarbeitet worden. Darin sind exakte Aussagen zu der Anzahl, Größe, Ausstattung sowie geforderter Qualitäten und Materialien enthalten. Für die Definition von geforderten Dienstleistungen sind die jeweiligen Vertragsentwürfe maßgebend. Weiterhin sind vielfach für bestimmte Leistungsbestandteile Service-Level-Agreements zu erarbeiten und mit dem Auftraggeber abzustimmen.

Auf die **Vorteilhaftigkeit von funktionalen Leistungsbeschreibungen** ist oben bereits eingegangen worden. Zur Wahrung der Vergleichbarkeit der innerhalb des Leistungsprogramms abgegebenen Angebote sind geeignete Kriterien zu entwickeln, an denen der Mehrwert (Value for Money) der Innovationen objektiv gemessen werden kann. Bei der Beschreibung der Leistungen sollte die Vergabestelle die Einhaltung der geltenden Normen und Vorschriften als Mindestanforderung voraussetzen, bzw. den Nachweis der Gleichwertigkeit durch die Bieter erbringen lassen.

(d) Zahlungsmechanismen

Das allgemeine Ziel von Zahlungsmechanismen ist es, eine Anreizstruktur für den möglichen privaten Vertragspartner zu schaffen, die bei einer vertragsgemäßen Leistungserbringung das vertragsgemäße Entgelt zusichert. Anhand einzelner Mechanismen können im Rahmen von Bonus-/Malus-Systemen mangelhafte Leistungen zu verringerter Zahlung führen. Während des Projektverlaufes muss auf Seiten beider Vertragspartner eine entsprechende Kontrolle über die Einhaltung von Leistungsstandards und gegebenenfalls die Feststellung von Abweichungen erbracht werden.

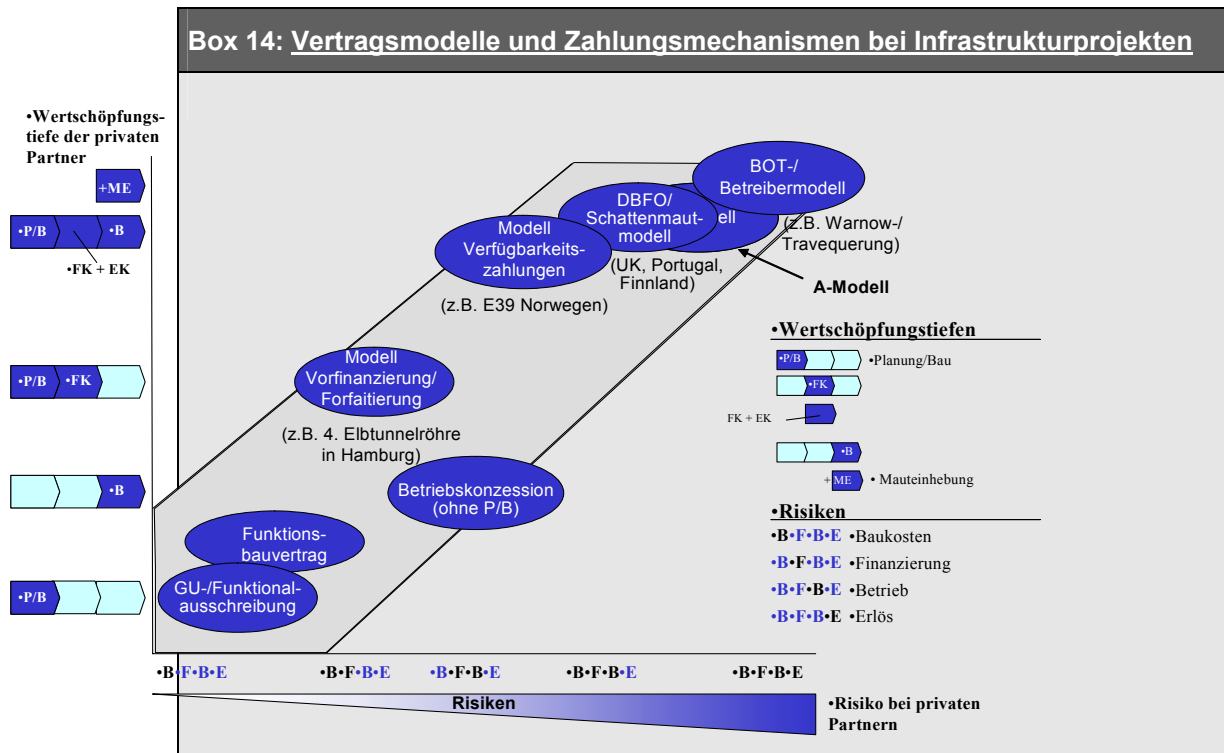
Um geeignete Mechanismen zu finden sind zunächst die Ziele zu definieren. Typische Elemente sind je nach Projektstruktur z.B.:

- Verfügbarkeit
- Sicherheit
- Qualität von Bau, Erhaltung und Betrieb
- partnerschaftliches Verhalten
- Risikoübertragung (insbesondere Einnahmerisiken)
- Mittelstandsbelange

Je nach Grad der Risikoübertragung auf den Privaten kann bei den Betreibermodellen, die den gesamten Lebenszyklus abbilden, im Wesentlichen zwischen **drei Varianten** plus deren Mischformen unterschieden werden. Die hier betrachteten Betreibermodelle gehen sowohl hinsichtlich der Wertschöpfungstiefe sowie der Risikoübertragung am weitesten und können somit die höchsten Effizienzpotenziale wecken. Die folgende Box 14 verdeutlicht die Übernahme der Einnahmerisiken bei den einzelnen Modellen. Das

A-Modell zeichnet sich durch ein geringeres Einnahmerisiko gegenüber dem F-Modell mit einer reellen, durch den Betreiber festzusetzenden Maut, aus.

Die Wettbewerber konnten in verschiedenen Projekten durchaus ihrerseits Vorschläge für geeignete Zahlungsmechanismen erarbeiten. Wiederum muss die Vergleichbarkeit aller Angebote gewährleistet sein. Bei einigen Projekten wurden insbesondere die Kontrollmechanismen in den Wettbewerb gegeben. Die Bieter mussten geeignete Kontroll- und Informationsmechanismen entwickeln, die bei Zuschlag umgesetzt wurden. Zusätzlich wurde die Ausarbeitung eines Performance Payment Regime (Leistungsabhängiges Zahlungsprofil) von den Bietern gefordert. Meist erst in Verhandlungen wurden die Reaktionszeiten für Schadensbeseitigungen und die damit verbundenen Bonus- und Malzahlungen festgelegt.



(e) Form der Finanzierungszusage

Ein wichtiger Gesichtspunkt ist die Frage der Form der geforderten Finanzierungszusage. Generell ist die Erarbeitung einer verbindlichen Finanzierungszusage auf Seiten der bietenden Unternehmen mit einem hohen Kosten- und Zeitaufwand verbunden und aus diesen Gründen in der Regel vor Abschluss des Vertrages nur schwer zu erreichen.

In allen Verfahren hat sich eine **frühzeitige Einbindung der Finanzierungspartner** durch die Bieter in den Angebotsprozess als zweckmäßig herausgestellt. Das spezielle Know-How wird bei der Angebotslegung berücksichtigt. Eine geeignete Maßnahme seitens des Projektträgers, dies sicherzustellen ist, schon beim Teilnahmewettbewerb die Mandatierung eines kompetenten Finanzberaters bzw. Arrangeurs nachweisen zu lassen und dessen Referenzen zum Gegenstand der Bewertung und Präqualifikation zu machen. Die Formulierung eines „flower letters“ ist ein vielfach genutztes Instrument, um im Laufe eines Verfahrens eine Erklärung der Finanzierungspartner einzufordern. Der Zeitpunkt variiert je nach gewähltem Verfahren. Mit Hilfe des flower letters wird für den Auftraggeber eine relative Sicherheit geschaffen, es besteht jedoch keine verbindliche Zusage.

Die frühzeitige Einbindung der Finanzierungspartner bzw. des Finanzierungsberaters ist für die zeitnahe Erreichung des Financial Close essentiell. Es wird daher empfohlen, die Mandatierung der Berater bereits im Teilnahmewettbewerb zu fordern. Mit den Angeboten sollten zusätzlich die beauftragten Finanzierungspartner benannt und in geeigneter Weise das Erlangen des Financial Close nachgewiesen werden. Die Finanzierungspartner der bevorzugten Bieter können in die Verhandlungen einbezogen werden, um eine gleichzeitige Erlangung der Vertragsunterzeichnung sowie des Financial Close anzustreben. Insbesondere gilt dies bei Neubau-Projekten, die noch keine Vergangenheitsdaten zu den Verkehrsstärken aufweisen und auf zuverlässige, von den Fremdfinanziers bestätigte Prognosen angewiesen sind sowie beim Einsatz von neuen Technologien.

3.8.4 Informationen für Teilnehmer bei Aufforderung zur Abgabe von Angeboten

Prinzipiell gilt auch in dieser Phase, dass umfangreiche Informationen die Qualität der eingehenden Angebote verbessern und die Wettbewerbsteilnehmer in die Lage versetzt werden, sämtliche Themengebiete in angemessener Detailtiefe zu bearbeiten.

Hinsichtlich der Organisation ist insbesondere die Nennung von Meilensteinen zweckmäßig, damit die Teilnehmer ihre Kapazitäten entsprechend planen können. Deshalb werden in den Projekten neben den zeitlichen Angaben zum Ablauf des Vergabeprozesses zusätzlich Meilensteine aus der Umsetzung des Projekts und der gesamten Konzessionslaufzeit definiert. Es wird erwartet, dass sich die Bieter daran orientieren und sich entsprechend aufstellen.

Die Erfassung und Beschreibung der technischen Anforderungen für ein Projekt ist eine zentrale Aufgabe im Vorbereitungsprozess. Die Ausführung der einzelnen Unterlagen ist wesentlich abhängig von der Art des Bauauftrages (Neubau, Erweiterung, Sanierung etc.) und der Planungstiefe. Bei Straßenbauprojekten ist diese aufgrund der vorgeschriebenen Genehmigungsverfahren im Vorfeld der Ausschreibung i.d.R. entsprechend hoch. Zu den technischen Verdingungsunterlagen gehören neben den unterschiedlich gestalteten Leistungsbeschreibungen bzw. -programmen weitere umfangreiche Planunterlagen wie z.B.:

- Beschreibung der Maßnahme und der örtlichen Verhältnisse
- Berechnungs- und Planungsgrundlagen für Bau, Erhaltung und Betrieb
- Benennung maßgebender Regelwerke
- technische Zeichnungen
- weitere Angaben zum Planungsgebiet
- Bauwerkshandbücher
- Eigentumsverhältnisse
- (vorläufige) Leitungspläne
- Verkehrsprognosen
- Baugrundgutachten
- Vermessungsunterlagen

Für PPP-Projekte sind ebenfalls alle Informationen im Hinblick auf Vorgaben für die Nutzungsphase sowie die Rückgabe der Anlagen von Interesse, da sie üblicherweise den gesamten Lebenszyklus eines Projektes abbilden. In wirtschaftlicher und finanzierungstechnischer Hinsicht sollten den Vergabeunterlagen alle verfügbaren Informationen beigelegt werden, die eine verlässliche Kalkulation und Strukturierung einer robusten Finanzierung ermöglichen. Neben den oben beschriebenen Zahlungsmechanismen sind insbesondere Zuschüsse und Garantien sowie damit verbundene Bedingungen interessant. Insbesondere in strukturschwachen Ländern konnten Förderprogramme eingebunden werden. Eine herausragende Rolle spielt in Europa die Europäische

Investitionsbank. Allerdings ist sie durch ihre Neutralität gegenüber allen Bietern nicht unkritisch in Bezug auf Geheimniswahrung.

Je nach Umfang der bereitzustellenden Informationen wird ein **Datenraum** genutzt, der nach Vereinbarung für alle Bieter in gleichem Umfang zugänglich gemacht werden muss. Hier empfiehlt sich der schon oben erwähnte Internetauftritt mit allen verfügbaren Unterlagen und Kommunikationsprotokollen.

Für ein PPP-Projekt selbstverständlich ist eine soweit wie möglich ergebnisorientierte, dennoch aber vollumfängliche Leistungsbeschreibung bzw. ein Leistungsprogramm über die gesamte Lebensdauer des Projekts, die unter Beachtung der technischen Vorschriften umzusetzen sind. Neben den technischen Informationen sind alle finanziellen und rechtliche Gegebenheiten und Hintergründe zu beleuchten, die zu einer qualitativ hochwertigen und verbindlichen Angebotsbearbeitung notwendig sind. Dazu gehören alle der Vergabestelle zugänglichen und bekannten Erkenntnisse soweit sie nicht strategischem Bieten bzw. Preisabsprachen Vorschub leisten (z.B. die Höhe einer maximalen Anschubfinanzierung). Hier ist fallweise abzuwägen.

Bei der Tiefe der Angabe der Wertungskriterien ist zwischen dem Wertungsspielraum der Vergabestelle, der Transparenz und der Qualität der Angebote abzuwägen. Vieles spricht für eine Angabe aller Kriterien mit Gewichtung und Wertungsmethodik. Der Bewertungsspielraum der Vergabestelle bleibt bei der Vergabe von Punkten nach dem Schulnotenprinzip erhalten.

3.8.5 Beantwortung von Nachfragen

Im Laufe des Vergabeverfahrens haben die Bieter zu verschiedenen Zeitpunkten die Möglichkeit durch **schriftliche Fragestellungen** oder **Bietergespräche** das Verständnis einzelner Sachverhalte mit dem Auftraggeber zu klären. Diese Fragen bzw. Aufklärungsgespräche sind nicht mit den eigentlichen Verhandlungen zu verwechseln. In der Praxis können aber einzelne Themen diskutiert und unterschiedliche Konsequenzen aufgezeigt werden. Mögliche Varianten sind:

- schriftliche Beantwortung der einzelnen Fragen ausschließlich an den Fragensteller
- schriftliche Beantwortung aller Fragen anonymisiert an alle Bieter
- separate Bietergespräche mit schriftlicher Dokumentation für jeden einzelnen Bieter
- separate Bietergespräche mit anonymisierter schriftlicher Dokumentation für alle Bieter
- Bieterkonferenzen

In Australien und Südafrika werden Bieterkonferenzen durchgeführt, bei denen sämtliche Bieter anwesend sind, um Zeit zu sparen. Bei der Wahl der Vorgehensweise ist für die Vergabestellen allgemein als oberstes Gebot Transparenz und Gleichbehandlung im Verfahren entscheidend. Daneben spielen folgende Aspekte eine Rolle:

- Absprachen der Bieter
- Schutz des geistigen Eigentums der Bieter
- Offenlegung von Angebotskonzepten und -strategien
- zeitliche Verzögerung durch umfangreiche Dokumentationspflicht, Erarbeitung und Beantwortung schriftlicher Fragenkataloge

Bei den untersuchten Projekten wurden in aller Regel nur schriftliche Anfragen der Bieter bearbeitet und wenn erforderlich anonymisiert an alle Bieter gleichzeitig beantwortet. Als vorteilhaft hat sich dabei die Festlegung von mehreren Terminen erwiesen, bis zu denen Fragen gestellt

werden konnten und dann zusammen an weiteren festgelegten Terminen an alle versandt wurden.

Während der Auswertung der Angebote kann es für die Vergabestelle notwendig sein, ihrerseits Anfragen zur Klärung verschiedener Angebotspunkte zu stellen. Auch hier hat sich die schriftliche Fragestellung wegen ihrer Nachvollziehbarkeit bewährt. Zusätzlich wurde zum Teil für jeden Bieter getrennt eine **Aufklärungsrunde** durchgeführt, in der die Bieter Gelegenheit hatten ihre Angebote zu erläutern und bestimmte Fragen und Zweifel der Vergabestelle auszuräumen. Zur Strukturierung der Runde wurden den Bietern vorab Fragen aufgegeben, die sie in den Präsentationen zu beantworten hatten. Außerdem kann hier durch die Vergabestelle der Verhandlungsbedarf der Bieter ermittelt werden.

Es empfiehlt sich, aus Gründen der Rechtssicherheit **nur schriftliche Kommunikation** zuzulassen. Eine zeitliche Planung von Frage- und Antwortrunden sollte im Hinblick auf ein straffes Projektmanagement vorgesehen werden. Die Vergabestelle sollte sich das Recht vorbehalten, zusätzliche Informationen und Erklärungen von den Bietern zu fordern, sofern es für die sachgerechte Auswertung notwendig erscheint. Vor Bekanntgabe der Wertungsergebnisse sollte zudem eine Aufklärungsrunde mit den Bietern durchgeführt werden, in der die Bieter die Besonderheiten ihrer Angebote kurz darstellen können und in der die Vergabestelle scheinbare Schwächen hinterfragen kann.

3.9 Verhandlungsphase

3.9.1 Grundstrukturen für Verhandlungsverfahren

Verhandlungsverfahren werden in der Praxis in unterschiedlichen Ausprägungen durchgeführt. Das Gutachten „PPP im öffentlichen Hochbau“ nennt zwei Grundformen von strukturierten Verhandlungsstrategien, nämlich die „**lineare Strategie**“ und die „**parallele Strategie**“. Nachfolgend werden diese beiden Grundformen der Verhandlungsstrategie kurz erläutert.

(a) Lineare Strategie

Die lineare Strategie (siehe Box 15) kennzeichnet, dass im Anschluss an die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und die Auswertung dieser Angebote zunächst ausschließlich mit dem bevorzugten Bieter („*preferred bidder*“) Verhandlungen geführt werden, während mit den übrigen Bietern („*reserved bidder*“) nur dann weiter verhandelt wird, wenn die Verhandlungen mit dem bevorzugten Bieter nicht zum Zuschlag führen.

Die lineare Strategie ermöglicht in der Regel einen relativ schnellen Zuschlag bei geringen Kosten für das Vergabeverfahren auf Bieter- und Auftraggeberseite. Allerdings sind demgegenüber der geringere Wettbewerbsdruck auf den bevorzugten Bieter und die geringere Rechtssicherheit der Auswahlentscheidung abzuwägen. So liegen der Europäischen Kommission Beschwerden von Marktteilnehmern über Verfahren in Großbritannien vor, in denen diese die ausgedehnten und die Angebotsgrundlagen verändernden Verhandlungen mit den bevorzugten Bietern rügen. Die lineare Strategie wird daher in der Regel nur noch bei weniger komplexen Projekten und ausreichendem Wettbewerb angewendet, in der eine Abweichung von dem ursprünglichen Ausschreibungsinhalt unwahrscheinlich erscheint. Daher wurden bei den untersuchten Projekten ausschließlich Verfahren mit Elementen der parallelen Strategie durchgeführt.

(b) Parallele Strategie

Die parallele Strategie (siehe Box 15) kennzeichnet, dass im Anschluss an den Teilnahmewettbewerb mehrere Bieter zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, dass mit mehreren Bietern verhandelt wird und dass mehrere Bieter aufgefordert werden, ein bestes und endgültiges Angebot (*best and final offer* - BAFO) abzugeben. Diese Angebote werden ausgewertet und der Zuschlag erfolgt auf das beste Angebot.

Die parallele Strategie zeichnet sich gegenüber der linearen Strategie durch stärkere Wettbewerbselemente aus. Allerdings ist dies mit höheren Kosten auf beiden Seiten und einer Ausdehnung des Verhandlungszeitraums verbunden. Die Bereitschaft der Bieter, sich an solchen Verfahren zu beteiligen, nimmt mit wachsender Anzahl der mitverhandelnden Bieter ab. Gerade für zukünftige Verfahren kann dies schwere Folgen haben. Dennoch wurden bei einigen Verfahren die Aufträge in mehreren Angebotsrunden vergeben. Allerdings wurde die Anzahl der verhandelnden Bieter vor Aufforderung zum BAFO sukzessive auf drei bzw. zwei reduziert und damit eine Mischform aus paralleler und linearer Strategie verwirklicht.

Ablauf	
Lineare Strategie	Parallele Strategie
A. Teilnahmewettbewerb	
I. Bekanntmachung im Amtsblatt der EG II. Bewerbungsfrist von mind. 37 Tagen III. Auswahl der Bewerber nach deren Geeignetheit (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) IV. Information an im Weiteren nicht mehr berücksichtigte Bewerber	
B. Verhandlungsverfahren I. „1. Runde“ 1. Angebotsaufforderung („request for proposals“) 2. Abgabe indikative Angebote 3. Angebotsprüfung 4. Bieterverhandlungen 5. Wertung/Rangfolge („short list“) II. Verhandlungen mit dem Ziel des Zuschlags mit dem Preferred Bidder (Nr. 1 auf der „short list“) III. Bei Scheitern: Rückgriff auf das zweitbeste Angebot aus der „short list“ (ggf. weitere „Runde“ wie I.) IV. Entscheidung und Zuschlagsverhandlungen V. Information an nicht berücksichtigte Bieter VI. Zuschlag	B. Verhandlungsverfahren I. „1. Runde“ 1. Angebotsaufforderung („request for proposals“) 2. Abgabe indikative Angebote 3. Angebotsprüfung 4. Bieterverhandlungen 5. Wertung/Rangfolge („short list“) II. Ggf. weitere „Runden“ nach Verengung des Bieterkreises (wie I.) III. „Letzte Runde“ - Aufforderung zur Abgabe letztes, verbindliches Angebot unter Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse der vorhergehenden „Runden“ - Abgabe letztes verbindliches Angebot - Angebotsprüfung und Wertung - Auswahl bestes Angebot und Zuschlagsentscheidung IV. Information an nicht berücksichtigte Bieter V. Zuschlag

(c) Kombination der Strategien

Auch eine Verknüpfung der linearen und der parallelen Strategie wird in der Praxis angewendet (Mischformen). So ist für den Verhandlungsverlauf der britischen „Private Finance Initiative“ (PFI) charakteristisch, dass nur eine Angebotsrunde durchgeführt wird, anschließend aber mit mehreren Bietern verhandelt wird. Nach der Auswertung der Verhandlungen und der Angebote wird ein bevorzugter Bieter festgelegt und mit diesem

⁷³ Vgl. BMVBW, PPP im öffentlichen Hochbau, 2003, S. 101.

zu Ende verhandelt. Zusätzlich hält sich die Vergabestelle die Möglichkeit offen, ein BAFO anzufordern.

In strukturierten Verfahren wurden neben Angebots- und Verhandlungsrunden Konsultationsphasen eingeführt. Darin wurden die Themen Technik, Finanzierung und Recht von Auftraggebern und den jeweiligen Bietern auf Basis eines jeweils aktualisierten Konzessionsvertrages erörtert. Im Ergebnis wurde den Bietern zur Erstellung des BAFO ein völlig überarbeiteter Konzessionsvertrag vorgelegt, auf den alle noch beteiligten Bieter anbieten mussten. Auf diese Weise konnte die Vergleichbarkeit der Angebote weitgehend sichergestellt werden und die Wertung fast ausschließlich über die Bewertung des Preises und der finanziellen Solidität erfolgen. Vorteilhaft für die Wertung war dabei auch das Vorhandensein eines PSC.

In den deutschen PPP-Vergaben im Hochbau wurden ebenfalls, wie schon angedeutet, Mischformen der Verhandlungsstrategien angewendet (siehe Box 16). In aller Regel wurden nach Angebotslegung und ersten Aufklärungen zwei bis drei Bieter ausgewählt, mit denen weiter verhandelt wurde und die am Ende zum BAFO aufgefordert wurden. Unterschiede sind vor allem bei der Anzahl der Angebotsrunden zu erkennen sowie in der Legung indikativer Angebote. Bei den internationalen Infrastrukturprojekten wurden indikative Angaben lediglich im Teilnahmewettbewerb als Lösungsskizze verlangt.

Box 16: Verhandlungsverfahren bei PPP im öffentlichen Hochbau in Deutschland

Der **Kreis Offenbach** hat zunächst den gesamten Schulenbestand des Kreises in zwei Lose (West und Ost) geteilt und jeweils voneinander unabhängige Verfahren gestaltet und durchgeführt..

- Vorbereitung
- Teilnahmewettbewerb
- Einholung indikativer Angebote
- Einholung endgültiger Angebote
- Vertragsverhandlungen

Das Verhandlungsverfahren im **Kreis Monheim am Rhein** hatte folgenden sechs Phasen:

- Auswahl teilnehmender Bieter
- Bietergespräche
- 1. Stufe: indikative Angebote inkl. Nachfrage- und Verhandlungsterminen
- 2. Stufe: konkretisierte indikative Angebote inkl. mehrerer Verhandlungsrunden über Vertragsinhalte
- 3. Stufe: verbindliche Angebote
- Zuschlag an den obsiegenden Bieter

Parallele wie lineare Strategie haben Vorteile, die es in einem strukturierten Verhandlungsablauf zu nutzen gilt. Unter Berücksichtigung der Für und Wider empfehlen wir grundsätzlich eine parallele Strategie, da diese den Wettbewerbsdruck in höherem Maße aufrecht erhält als die lineare Strategie, bei der am Ende erst einmal nur ein bevorzugter Bieter verhandelt. In Anbetracht des Aufwandes, der durch eine Teilnahme an dem Verhandlungsverfahren verursacht wird, sollte die **Anzahl der präqualifizierten Bewerber auf vier beschränkt** werden. Es erscheint den Bietern ebenfalls nicht zumutbar, bei einer Zuschlagschance von $\frac{1}{4}$ den gesamten Verhandlungsprozess durchlaufen zu lassen. Wir empfehlen daher, in die Verhandlungsphase frühzeitig eine Zwischenstufe einzuziehen, in der die vorliegenden Angebote bewertet und zwei bevorzugte Bieter ausgewählt werden. Mit diesen zwei Bietern wird weiterverhandelt. Wird auf dem Verhandlungswege eine Vergleichbarkeit der Angebote hergestellt, erfolgt die Aufforderung zur Abgabe eines letzten Angebots (BAFO). Ist es im Wege der Verhandlung nicht möglich, vergleichbare Angebote herbeizuführen, sollte die Vergabestelle aus dem Ergebnis der Verhandlungen heraus

einen Vertrag vorlegen, auf den dann die bevorzugten Bieter ein letztes Angebot abgeben. Zur Erläuterung wird auf die schematische Darstellung in **Anlage K1** verwiesen.

Empfehlenswert erscheint jedenfalls die flexible und bedarfsgerechte Anpassung der Verhandlungsrunden und Themen. Insbesondere ein straffes Projekt- und Verhandlungsmanagement ist auf Seiten der Vergabestelle von herausragender Bedeutung.

Bei den A-Modellen, die nach **Ideenwettbewerb bzw. Mischmodell** ausgeschrieben werden, wird es notwendig sein, mindestens eine **weitere Verhandlungsrunde** zu führen, in der die zusätzlichen Belange der Planung und der Genehmigungsverfahren sowie die innovativen Vorschläge der Bieter Gegenstand sein werden. Wesentlich schwieriger werden sich die Verhandlungen zu *einem* Konzessionsvertrag gestalten, da sich die Angebote der Bieter in mehreren Punkten grundsätzlich unterscheiden können.

Die bisherigen Empfehlungen sind auch für das F-Modell gültig. Besondere Aspekte ergeben sich zusätzlich aus der durch den Bieter zu übernehmenden Mauterhebung, der typischerweise höheren Komplexität der Projekte (Sonderbauwerke) und der abweichenden Kompetenzverteilung. Sollten die Angebote untereinander stark variieren, kann es vorteilhaft sein, drei Bieter zu Verhandlungen einzuladen, um kein potenziell gutes Angebot auszuschneiden.

3.9.2 Ausgestaltung des Verhandlungsverfahren

Wesentlicher Einfluss in der Verhandlungsphase wird durch die Anzahl der Verhandlungspartner bedingt. Die Verhandlungsposition der Auftraggeber ist stärker je mehr Bieter noch in dem Verfahren vorhanden sind, da der Wettbewerb zwischen den Bietern noch nicht beendet ist. Die Ergebnisse der Verhandlungen sind entscheidend zur endgültigen Wahl des bevorzugten Bieters. In keinem der untersuchten Verfahren wurde mit mehr als fünf Bietern die erste Verhandlungs- oder Konsultationsrunde durchgeführt. Anschließend wurden frühzeitig zwei bis drei Bieter zu weiteren Verhandlungen ausgewählt.

Ebenfalls positiv auf den Verhandlungsverlauf wirken sich eine straffe Organisation und ein in der Zahl der Mitglieder begrenztes Verhandlungsteam aus. So wurden beispielsweise bei Verhandlungsrunden die Teilnehmerzahlen je nach Verhandlungsgegenstand stark begrenzt. Außerdem wurden den Teilnehmern Fragen und Themen aufgegeben, die sie bis zur nächsten Verhandlung vorzubereiten hatten.

Die Dauer der Verhandlungsphase ist im Wesentlichen von der Anzahl der Bieter und dem Umfang der zu verhandelnden Aspekte abhängig. In Australien und Kanada werden dazu die zu verhandelnden Themen durch den Auftraggeber vorgegeben oder in einem ersten Termin mit dem Verhandlungspartner die Verhandlungspunkte, Fortschrittskontrolle, Zeitplan und Schiedsverfahren abgestimmt. Bei der kanadischen Yoyo Desan Road mussten die Bieter zu verhandelnde Aspekte zum in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Vertrag bereits im Angebot anführen. Der Auftraggeber entschied anschließend, welche Punkte in die Verhandlung aufgenommen wurden. Der bevorzugte Bieter kann nach seiner Ernennung keine neuen Aspekte vorbringen und verhandeln. Dadurch soll eine zeitliche Ausdehnung des Verfahrens durch ausuferndes Verhandeln, Infragestellen vormals zugestimmter Aspekte und taktisches Verhandeln seitens der Bieter vermieden werden. Der zeitliche Ablauf steht oftmals zusätzlich unter dem Einfluss politischer Rahmenbedingungen.

Die Kosten des Verfahrens auf Seiten des Auftraggebers steigen mit der Dauer der Verhandlungen und der Anzahl der Bieter. Zeitersparnis ist hier im wesentlichen auch Kostenersparnis, wobei darauf zu achten ist, auf die finale Aushandlung der Vertragsstrukturen mit dem/den bevorzugten Bieter/n soviel Zeit wie nötig und so wenig Zeit wie möglich zu verwenden. Auf keinen Fall sollte die Zeit- und Kostenersparnis über den für beide Seiten voll zufrieden stellenden Vertragsinhalt gestellt werden.

Verhandlungen auf Basis indikativer oder verbindlicher Angebote bedürfen der Klärung wesentlicher Aspekte im Voraus, welche jedoch durch die Verdingungsunterlagen erreicht werden kann. Darin können die verhandelbaren Aspekte sowie der Grad der Verbindlichkeit der abzugebenden Angebote benannt werden. Während indikative Angebote häufig bei Ideenwettbewerben gefordert sind, werden verbindliche Angebote bei detaillierter definierten Ausschreibungen angewendet. Bei den Vergabeverfahren im deutschen Hochbau wurden teilweise sogar mehrere indikative Angebotsrunden durchgeführt, da hier Innovationen durch die hohen Erhaltungs- und Betriebskosten im Vergleich zu den Baukosten regelmäßig im Vordergrund stehen. Dennoch kann die Aussagekraft von indikativen Angeboten bezweifelt werden, da sie nur begrenzt verbindlich sind. Ob durch indikative Angebote die bieterseitigen Kosten verringert werden können, ist ebenfalls fraglich.

Gegenstand der Verhandlungen sind insbesondere Detailfragen zu Leistungsbestandteilen und die zugehörigen Preise. Der geplante Ablauf der Verhandlungen bzw. die Abfolge der zu behandelnden Themen, wie z.B. Technik, Finanzierung und Risikoteilung kann dabei in jeweils einzelnen Verhandlungsrunden erfolgen oder auch in einem Themen übergreifenden Verhandlungstermin. Wichtig ist hierbei, dass die Ergebnisse aus den zuvor abgeschlossenen Verhandlungsrunden nicht wieder in späteren Runden infrage gestellt werden. In Australien obliegt auch diese Überwachung dem Probit Manager, der bei jeder Verhandlung anwesend sein muss und den Fortschritt der Verhandlungen anmahnt.

Die **Risikoverteilung** ist ein entscheidender Aspekt, dem besondere Beachtung zukommen muss. Neben dem in vielen Fällen direkten Zusammenhang zwischen Risikoverteilung und Angebotssumme sind zunächst nicht tragbare Risiken aus Sicht des Privaten zu erörtern. Bestehen solche Risiken (*deal breaker*) kann dies zum Ausstieg einer oder mehrerer Bieter führen, wodurch der Wettbewerb ggf. eingeschränkt wird. Bei mehreren Projekten sind für Private untragbare Risiken zu beobachten gewesen. Als ein in Deutschland bekanntes Verfahren kann hier auf die Vergabe der Strelasund-Querung verwiesen werden, die insbesondere wegen des für Private nicht tragbaren Substitutionsrisikos scheiterte. Solche *deal breaker* können auch andere Forderungen des Auftraggebers sein, wie etwa die Forderung von neuen Technologien. Dies kann den gesamten Ausschreibungsprozess zeitlich weit zurückwerfen bzw. zum Scheitern bringen. Der Auftraggeber sollte seine Verhandlungsposition entsprechend anpassen oder ein derartiges Ausschlusskriterium für einzelne Bieter aufrechterhalten, sofern es für die anderen Bieter tragbar erscheint.

Bei der Vergabe des PPP-Projektes E39 in Norwegen sowie auch in anderen Projekten war im Informationsmemorandum zum Teilnahmewettbewerb eine Risikomatrix aus Sicht des Auftraggebers enthalten. Diese war jedoch als Entwurf gekennzeichnet und konnte somit im späteren Verhandlungsverfahren angepasst werden.

Die Einbindung von Finanzierungspartnern in die Gespräche ist möglich und wird praktiziert, um die Finanzierbarkeit zu gewährleisten und Interessen von Kreditgebern im Detail zu berücksichtigen. Dies hat den Vorteil, dass die Erreichung des Financial Close mit der Vertragsunterzeichnung möglich wird. Die Banken werden teilweise direkt in die Verhandlungen zum Konzessionsvertrag einbezogen werden, damit parallel bzw. zeitnah die Due Diligence der Banken vorbereitet bzw. durchgeführt werden kann. So können die Belange der Fremdfinanzierer in den Verhandlungen berücksichtigt werden.

Nach der Wertung der Angebote inkl. Aufklärungsrunde sollte mit zwei bis drei Bietern verhandelt werden. Das **Verhandlungsteam** sollte jeweils aus dem Projektverantwortlichen, mehreren Juristen und – je nach Themenbereich – kleinen Fachgruppen bestehen. Es ist sicherzustellen, dass kurze Entscheidungs- und Zustimmungswege innerhalb der Verhandlungspartner bestehen. Ggf. sind geeignete Routinen festzulegen. Zur Festlegung von wirtschaftlichen Schlüsselaspekten kann es sinnvoll sein, in einer ersten Runde ohne Rechtsbeistand zu verhandeln, um nicht rechtliche Detailfragen und Vertragsterminologie zu diskutieren. Die Vergabestelle hat den Verhandlungsablauf im Wesentlichen vorzugeben und die verhandelbaren Themen zu benennen. Verhandelte Themen werden nicht wieder aufgenommen und keine weiteren (neuen) Themen zugelassen. Der Konzessionsvertrag wird kontinuierlich fortgeschrieben. Es ist darauf zu achten, dass sich durch die Verhandlungen die Bedingungen nicht derart verändern, dass eine erneute Wertung aller Angebote vorzunehmen

ist.

Ein wesentlicher Verhandlungspunkt ist die **Risikoverteilung** und -differenzierung, da diese direkten Einfluss auf die Finanzierbarkeit und den Preis der Angebote haben. Grundsätzlich sollte diesbezüglich alles verhandelbar sein, damit die Finanzierung gesichert werden kann. Allerdings ist es empfehlenswert, nur mit denjenigen Bietern zu verhandeln, die der Risikoverteilung der Vergabestelle mit wirtschaftlichen Preisen am weitesten entgegenkommen. Abweichungen sollten in den Angeboten von Bietern dargestellt werden. Eine frühzeitige Einbindung der Finanzierungspartner bei den Endverhandlungen zum Konzessionsvertrag (vor BAFO) wird ebenfalls empfohlen.

3.10 Wertung

3.10.1 Wertungsmethodik

Für die Wertung der Angebote kommen grundsätzlich verschiedene Methoden in Betracht, die in Kapitel 3.10.2 behandelt werden. Aus der Best Practice lässt sich ableiten, dass die Nutzwertanalyse mit vorgeschalteter Konformitätsprüfung als besonders geeignet erscheint, um eine möglichst objektive Wertung bei gleichzeitiger Wahrung eines Ermessensspielraums für die Vergabestelle zu liefern. In den überwiegenden Fällen gab es weder einen direkten Hinweis auf dieses Verfahren noch auf die im konkreten Fall damit verbundene Gewichtung der Kriterien. Häufig beschränkte man sich auf die Angabe der Kriterien und ggf. die Reihenfolge der Bedeutung. In einigen wenigen Fällen wurde aber auch die komplette Wertungsmatrix mit Gewichtungen angegeben, wodurch die Angebotserstellung und -auswertung erleichtert wurde.

In Australien werden die verschiedenen Angebotsaspekte von spezialisierten Bewertungs-Teams gewertet, um die Objektivität zu erhöhen. Anschließend werden von einem übergeordneten Team diese Wertungen in ein Ranking überführt und auf Abhängigkeiten und Wechselwirkungen geprüft, um ein fehlendes Gesamtbild der Angebote zu vermeiden und letztendlich eine Empfehlung auszusprechen.

Es ist festzustellen, dass die Kriterien und die Wertungsmethodik den Bewerbern frühzeitig und detailliert bekannt gegeben werden sollten, damit diese einerseits die Ziele des Projektträgers erkennen und andererseits unter Ausnutzung ihrer Stärken und Schwächen optimale Partner für ein Bewerberkonsortium finden können. Die Bekanntgabe hat in der Regel zu einer höheren Transparenz und damit Rechtssicherheit im Vergabeverfahren geführt, sofern die Kriterien mit der Zielsetzung der Vergabestelle übereinstimmen und nicht für Verwirrungen bei den Bietern sorgten. Für die Vergabestelle heißt dies, dass sie im Vorfeld der Bekanntmachung schon Sicherheit über die späteren Kriterien haben muss, da sie diese nicht mehr ändern kann.

Wertungskriterien und Methodik sollten den Bietern frühzeitig bekannt gemacht werden. Die Bieter müssen anhand der Kriterien und Gewichtung einen zutreffenden Eindruck von den Zielen der Vergabestelle bekommen können.

3.10.2 Wertungsverfahren

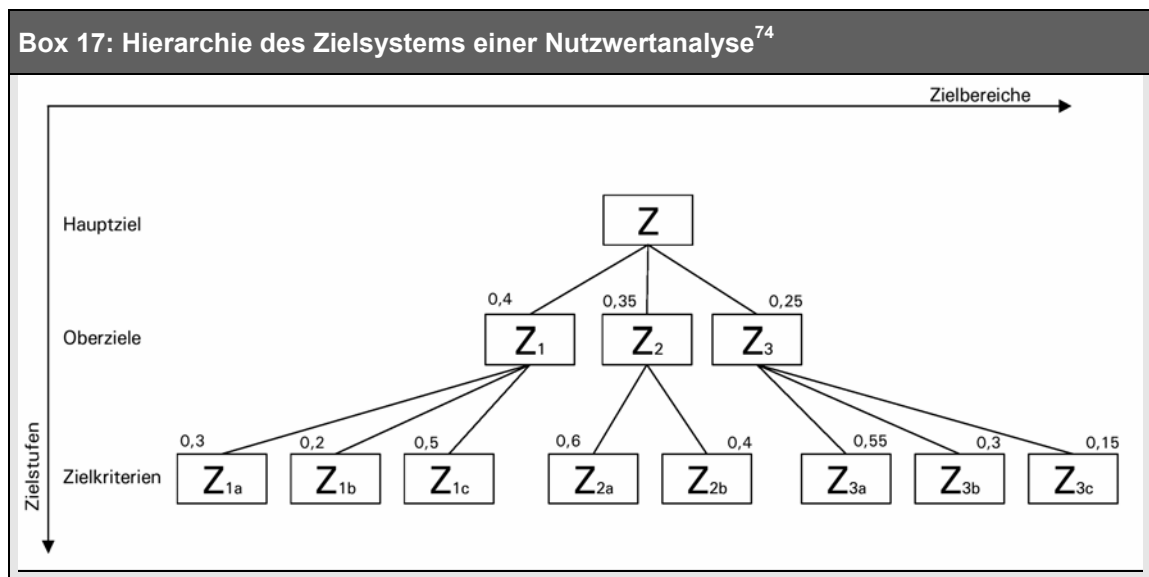
An die Wertungsverfahren werden hohe Anforderungen gestellt. Einerseits müssen sie den Vergabegrundsätzen entsprechen und andererseits dennoch Bewertungsspielraum für die Vergabestelle erhalten. Daher wurden die im Folgenden beschriebenen Methoden Kapitalwert- oder Barwertanalyse und Nutzwertanalyse in aller Regel, wie auch im Hochbau-Gutachten empfohlen, kombiniert angewendet. Dennoch wurde in Chile durch das oben beschriebene Zweiumschlagsverfahren ein sehr preislastiges Modell gewählt.

Im Rahmen einer Kapitalwertanalyse werden die zukünftigen Einnahmen und Ausgaben der Projektgesellschaft mit einem Diskontierungszins auf einen Zeitpunkt zu Projektbeginn abgezinst. Je niedriger der Barwert der Ausgaben und je höher der Barwert der Einnahmen (ohne Berücksichtigung staatlicher Zuschüsse, wie der Anschubfinanzierung), desto

vorteilhafter wird das Angebot eines Bieters beurteilt. Dieses Verfahren erlaubt anhand monetärer Berechnungen eine objektive Beurteilung der finanziellen Konzepte. Hingegen können mit einer Kapitalwertanalyse keine subjektiven Kriterien wie Bauzeit, Qualität, Innovation oder gar ästhetische Gesichtspunkte beurteilt werden, sofern sie nicht vorher monetär bewertet wurden. Durch methodenbedingte Außerachtlassung dieser Aspekte kann eine Kapitalwertanalyse keine zufrieden stellende, umfassende Beurteilung der abgegebenen Angebote leisten.

Im Rahmen einer Nutzwertanalyse werden dem gegenüber nur qualitative Kriterien berücksichtigt. Dieses Verfahren gliedert sich in fünf Schritte:

- Bestimmung von Zielkriterien und Oberzielen
- Gewichtung der bestimmten Zielkriterien und der Oberziele
- Bestimmung des Teilnutzens
- Ermittlung des Nutzwertes
- Beurteilung der Vorteilhaftigkeit



Es muss also ein Bewertungsmaßstab definiert werden, der den einzelnen Zielkriterien und Oberzielen eine bestimmte Bedeutung zuordnet (siehe Box 17). Die Zielkriterien der Oberziele können je nach Art des Projektes aufgeteilt werden. Im Bereich Infrastrukturkonzessionen werden die Oberziele im Wesentlichen durch die Aspekte Bau (Entwurf, Errichtung und Qualität der Konstruktion selbst), Betrieb (Sicherheit und Erhaltung) sowie andere Aspekte (ggf. Mauterhebungstechnik, Ökologie, Städtebau, Soziakultur, usw.) gekennzeichnet sein. Aus Gründen der Praktikabilität werden für das Hauptziel und die gewichteten Oberziele jeweils 100 Punkte erreichbar sein. Somit lassen sich recht einfach der Teilnutzen und der Nutzwert bestimmen, welcher zuletzt im Vergleich der Angebote aller Bieter zu den Output Specifications die Vorteilhaftigkeit angibt. Da die Ergebnisse bei einer Nutzwertanalyse meist sehr nah beieinander liegen, kann der Zuschlag nicht mit der gewünschten Sicherheit erteilt werden.

Da man weder anhand einer Kapitalwertanalyse noch anhand einer Nutzwertanalyse ein Projekt umfassend und zweifelsfrei beurteilen kann, ist eine Kombination aus Kapitalwertanalyse (quantitativ/objektiv) und Nutzwertanalyse (qualitativ/subjektiv) sinnvoll. Im

⁷⁴ BMVBW, PPP im öffentlichen Hochbau, Band III: Teilband 2, Arbeitspapiere 4-7; 2003, S. 66.

Ausland wird bei den meisten Projekten eine derartig kombinierte Analyse genutzt, welche die beste Bewertung der Angebote in Hinblick auf die Ziele des Projektträgers verspricht.

Zusätzlich ist ein PSC als Benchmark für Angebote bei fast allen untersuchten Projekten genutzt worden, um die Vorteilhaftigkeit gegenüber einer konventionellen Beschaffung – also das Erzielen von Value for Money – zu überprüfen. Die angewendeten PSC in Großbritannien, Irland, Südafrika, Kanada oder Australien bzw. im Hochbau in Deutschland besitzen, wie oben beschrieben, Unterschiede im Aufbau und in der Handhabung, da nicht zuletzt unterschiedliche Rechts-, Steuer- und Staatsorganisationssysteme bestehen.

Es hat sich in der Praxis bewährt, ähnlich wie bei der Auswahl der Bewerber im Teilnahmewettbewerb, für die Angebote Mindestkriterien festzulegen, bei deren Nichterreichen ein Angebot zwingend ausscheidet. Beispiele dafür sind die Einhaltung der technischen Normen bzw. des Stands der Technik, die Auskömmlichkeit mit Zuschüssen oder Mindestanforderungen an Bau, Erhaltung und Betrieb. Dadurch kann die Gewichtung der restlichen Kriterien optimiert und mehr Raum für die Wertung von Wirtschaftlichkeit und Solidität des Angebots geschaffen werden. Denn es gilt bei einem PPP-Projekt, ein definiertes Ergebnis mit größtmöglicher Sicherheit bei Wahrung der Wirtschaftlichkeit zu erreichen.

Entsprechend dem Zielsystem der Vergabestelle sind demnach Kriterien festzulegen, die zusammen mit einer monetären Bewertung der Angebote geeignet sind, das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen. Die Definition und Gewichtung kleinster Unterzielkriterien im Bereich der Nutzwertanalyse erzeugt dabei nicht unbedingt ein objektiveres Ergebnis, sondern nur eine Scheinwahrheit unter Inkaufnahme eines unverhältnismäßig hohen Auswertungsaufwandes. Dies wird besonders deutlich an der international üblichen Gewichtung der finanziellen Aspekte zwischen 50% und 90%. Somit ist eine Konzentration auf wenige Schlüsselaspekte, deren Bewertung auch spürbare Auswirkungen auf das Endergebnis hat, einer Berücksichtigung des kleinsten Details (mit entsprechenden Auswirkungen auf das Gesamtergebnis) vorzuziehen.

Es empfiehlt sich, die Angebote nach Prüfung auf formale Anforderungen wie Vollständigkeit und rechtzeitige Einreichung sowie auf weitere Mindestanforderungen zu prüfen. Im Vordergrund müssen dabei verschiedene unverhandelbare Ziele der Vergabestelle stehen. Allerdings ist darauf zu achten, dass den Bietern objektiv die Möglichkeit zur Erfüllung der Mindestanforderungen gegeben wird (unter Beachtung der Finanzierbarkeit und Risikoallokation). Zur eigentlichen Wertung werden alle Angebote (Haupt- und Alternativangebote) anhand der Wertungskriterien bewertet. Der Kapitalwert der angebotenen Leistung geht dabei in die finanzielle Beurteilung zu einem erheblichen Anteil ein und wird bei Vorhandensein eines PSC der Benchmark der konventionellen Beschaffung gegenüber gestellt. Der Vorteil des PSC-Vergleichs liegt vor allem in der vorhandenen Risikoeinschätzung und monetären Bewertung durch die Vergabestelle. Werden verschiedene Risiken mit den Bietern verhandelt, kann der Auftraggeber anhand des PSC die monetären Auswirkungen auf seine Position ermitteln.

3.10.3 Wertungskriterien

Die Festlegung der Wertungskriterien zur Auswahl von Angeboten ist von maßgeblicher Bedeutung für das Vergabeverfahren. In der Praxis beziehen sich die Kriterien im Wesentlichen auf die Kernfragen Aufgabenerfüllung, Wirtschaftlichkeit (inkl. Finanzierung und Risikoverteilung) und technisches Konzept. Generell sind die Projektträger frei, ihre eigenen Bewertungskriterien zu definieren und zu gewichten, teilweise werden bestimmte Kriterienkategorien vorgegeben, sowie untere Grenzwerte für die Gewichtung. Diese Hauptkriterien wurden im Weiteren unterschiedlich stark differenziert und hatten unter anderen folgende Unterkriterien:

(a) Technische Bewertung:

- Nutzen und Konsequenzen der im Angebot vorgeschlagenen technischen Lösung, bzw. Einzellösungen (z.B. Tunnel statt Brücke, Fahrbahnheizungen anstelle eines umfangreicheren Winterdienstes, etc.)
- Die Wahrscheinlichkeit, dass die vorgeschlagene Lösung überhaupt in der Lage ist, die in den output specifications gemachten Vorgaben zu erfüllen, wie z.B.:
 - Eignung der vorgeschlagenen Konstruktionen
 - Dauer, bis der verbesserte Service und der damit verbundene Nutzen eintritt
 - Flexibilität der Infrastruktur im Bezug auf Änderungen der Verkehrsstärke und -zusammensetzung
 - Rechtliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung (Bauland, Schutzgebiete, etc.)
- Entwurf und Konstruktion im Bezug auf funktionale, technische, operative und ästhetische Kriterien (z.B. Qualität der Ingenieur-, Architektur- und Landschaftsplanerischen Lösungen)
- Umweltbelange (z.B. Bauverfahren, Flächenverbrauch, zu erwartende Belastungen aus Abgasen, Lärm und Licht)
- Die Fähigkeiten des Managements des Bieterkonsortiums das Projekt durchführen zu können (z.B. klar geregelte Zuständigkeiten, Federführung, etc.)
- Qualitätssicherungsprogramm
- Zeitplan und Zwischentermine (Milestones)

Das Gutachten F-Modell benennt für die Vergabestelle Indikatoren, die für eine Kriterienbildung in Betracht kommen (Box 18):

Box 18: Indikatoren zur Bewertung des technischen Entwurfes nach dem F-Modell⁷⁵			
<u>Straßenkörper und Nebenanlagen</u>			
<u>Technische Ausführung</u>		<u>Erhaltung</u>	<u>Betrieb</u>
- Beurteilung der Bauteile: - Oberbau (Bemessung) - Erdbau - Entwässerung - Sonderbauweisen - Straßenausstattung		- Erhaltungsplan - Maßnahmeanarten - Maßnahmezeitpunkt - Maßnahmedauer - Zahl der Maßnahmen - Stauzeiten - Verkehrsregelung	- Betriebspläne - Einsatz von Fachpersonal - Fahrzeug- und Gerätepark - Qualität von: - Winterdienst - Grünpflege - Ausstattung der Straße - Reinigung - baulicher Unterhaltung
<u>Ingenieurbauwerke (Brücken, Tunnel)</u>			
<u>Technische Ausführung</u>		<u>Erhaltung</u>	<u>Betrieb</u>
<u>Brücken</u> - Stat. Systeme - Fertigteile - Ortbeton - Konstruktion: - Gründung - Widerlager - Oberbau	<u>Tunnel</u> - Bauweise - Vortrieb - Baubetrieb - Fachpersonal	- Erhaltungsplan - Übergangskonstruktion - Geländer - Anstrich - Fahrbahnbeläge - Einsatz von Fachpersonal	- Unterhaltungsplan - Einsatz von Fahrpersonal

⁷⁵ BMVBW, Gutachten zu einem Musterkonzessionsvertrag nach dem FStrPrivFinG, 2000, S. 352.

Technische Einrichtungen		
Technische Ausführung	Erhaltung	Betrieb
<ul style="list-style-type: none"> - Funktionalität - Betriebstechnik - Konstruktion (z.B. Schilderbrücken) - Lieferbedingungen - Beurteilung der Lieferfirmen 	<ul style="list-style-type: none"> - Lebenszyklen der Anlagen - Erhaltungskonzepte - Zahl und Dauer der Erhaltungsarbeiten 	<ul style="list-style-type: none"> - Wartungsprogramme - Notdienste - Einsatz von Fachpersonal

(b) Finanzielle Bewertung:

- Gesellschafter- und Finanzierungsstruktur des Bieterkonsortiums (z.B. Plausibilität und Solidität durch entsprechende Indikatoren hinterlegt, Gesellschafterverhältnisse, Aufsicht, etc.)
- Finanzierungsquellen für dieses Projekt (z.B. Maut, Anschubfinanzierung, etc.)
- Finanzielle Analyse des Projektes und der Financiers (z.B. Grad der Verpflichtung der EK/FK-Geber, etc.)
- Preisgleitklauseln (z.B. Mauthöhe, Konzessionsgebühr, Tarifverträge, etc.)
- Integrität des Geschäftsplanes (z.B. Plausibilität der Ausgaben- und Einnahmeströme als Barwertbetrachtung im Cashflow-Modell, etc.)
- Belastbarkeit der Verkehrsprognosen (z.B. Plausibilität im Bezug auf Verdrängungseffekte und Verkehrszunahme, sowie Konkurrenzprojekte, etc.)
- Residualwert (z.B. ohne, pauschal, abhängig von Zustand, etc.)
- Annahme kommerzieller Risiken (Abweichungen von der vorläufigen Risikomatrix und Annahmen zu wirtschaftlichen Auswirkungen, etc.)
- Angebotene Versicherungen und Garantien (Finanzierung)
- Weitere makroökonomische und projektspezifische Annahmen (Plausibilität der wirtschaftlichen Entwicklung, Inflation, Ölpreis, Motorisierungsgrad, etc.)

(c) Operative Bewertung:

- Dienstleistungen (Übereinstimmung der angebotenen Dienstleistungen mit den in den output specifications gemachten Vorgaben, Übererfüllung, Verbesserungen, Service Levels, etc.)
- Fähigkeiten (z.B. Subunternehmertätigkeiten, Referenzen, Organisationsstruktur, Personalpolitik, Tarifverträge, Ausbildung, Forschung, etc.)
- Zuverlässigkeit (z.B. Fähigkeiten die geforderten Leistungen auch über die gesamte Vertragsdauer unter der Berücksichtigung vorhersehbarer und nicht vorhersehbarer Entwicklungen, Der operative Business-Plan muss die Auswirkungen aller dem Betreiber zugeschlagener Risiken aufnehmen können, etc.)

(d) Sonstige Bewertungen:

- Soziale Kriterien (z.B. sind in Südafrika aufgrund der speziellen gesellschaftlichen Entwicklungen der letzten zehn Jahre soziale Kriterien vorgeschrieben, welche die Schaffung von Arbeitsplätzen für, die Einbindung von Kapital von und den Grad der Einbindung ins Management der Betreibergesellschaft durch vormals aufgrund der Apartheid benachteiligten Bevölkerungsgruppen mit augenblicklich 10%-20% Gewichtung berücksichtigen);
- Lokale Kriterien (z.B. wird durch die regionale PPP-Gesetzgebung in Australien im Staat Victoria die Einbindung regionaler Unternehmen, die Schaffung von Arbeitsplätzen und der Know-How-Transfer in die Region als zusätzliches Wertungskriteri-

um eingebunden, welches jedoch nur dann angewendet wird, wenn zwei gleichwertige Angebote vorliegen).

Zielsetzung der Auswahl ist es, dem unter Berücksichtigung aller angewendeten Kriterien attraktivsten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Im Rahmen des Gutachtens A-Modell wurden die in Frage kommenden Wertungskriterien umfänglich untersucht und erläutert. Im Ergebnis wurde dabei herausgearbeitet, dass

- die Höhe der Anschubfinanzierung als das am besten geeignete finanzielle Bewertungskriterium anzusehen ist und
- sich für Projekte des A-Modells (konventionelle Beschaffung) eine Gewichtung von 60% für das finanzielle Kriterium (Anschubfinanzierung) und 40 % für technische Kriterien (ca. 50 Einzelkriterien) empfiehlt.

Box 19: Internationale verwendete Wertungskriterien der ersten Ebene ⁷⁶							
	Finanz. Kriterien	Techn. Kriterien	Soziale Kriterien	Betriebl. Kriterien	Kriterien Mautsystem	Kriterien Entwurf	Gesamt
Deutschland Konventionelle Planung A-Modell	60%	40%	0%	In technischer Wertung enthalten	0%	0%	100%
Deutschland Konventionelle Planung F-Modell	80%	15 oder 5%	0%		5 oder 15%	0%	100%
Deutschland Ideenwettbewerb A-Modell	50%	40%	0%		0%	10%	100%
Deutschland Ideenwettbewerb F-Modell	70%	10 oder 5%	0%		5 oder 10%	15%	100%
Deutschland Mischmodell	50%	35%	0%		0%	15%	100%
Südafrika Ausgewogene Projekte	45%	45%	10%		0%	0%	100%
Südafrika finanzieller Fokus I	65%	25%	10%		0%	0%	100%
Südafrika finanzieller Fokus II	90%	K.O.	10%		0%	0%	100%
Australien Partnerships Victoria	variabel	variabel	0%	variabel	0%	0%	100%
Irland	variabel	variabel	0%	0%	0%	0%	100%

Die Box 19 zeigt einen Überblick der international verwendeten Hauptkriterien für die Beurteilung der Vorteilhaftigkeit eines Projekts. Die aufgeführten Gewichtungen werden, soweit angegeben, in den jeweiligen Leitfäden genannt. Sicherlich ist dies auch hier nur als eine Empfehlung anzusehen, die einer projekt- und situationsbedingten Anpassung bedarf.

Es ist darauf hinzuweisen, dass in jedem Fall die projektspezifischen Gegebenheiten die endgültige Maßgabe für die Aufstellung der Wertungskriterien. Zum einen gilt es herauszuarbeiten, welche Aspekte im Einzelnen in die Bewertung der finanziellen Attraktivität eines Angebotes einfließen, zum anderen gilt es im Einzelfall projektspezifische Gegebenheiten herauszuarbeiten, die zu einer besonderen Berücksichtigung anderer bzw. ergänzender Kriterien führen.

Gemäß dem Gutachten A-Modell erfolgt die Wertung der Angebote nach zwei Kriterien, der Anschubfinanzierung und der Technik. Im Einzelnen schlagen wir vor, die Kriterien wie folgt weiter zu unterteilen:

- Anschubfinanzierung
 - Höhe der Anschubfinanzierung (barwertig)
 - Solidität des Finanzierungskonzepts
 - Verhandlungsbedarf

⁷⁶ Vgl. Barckhahn, Analysis of International Road Concession Design, 2004, S. 55, 56, 78, 98, 122 ff.

- Technik
 - Planung [höhere Gewichtung bei Ideenwettbewerb und Mischmodell]
 - Genehmigungsmanagement [höhere Gewichtung bei Ideenwettbewerb und Mischmodell]
 - Bau/Ausbau
 - Erhaltung
 - Betrieb
 - Projektmanagement

Im Rahmen der empfohlenen Struktur des Verhandlungsverfahrens sind **zwei Wertungen** vorzunehmen. Die qualifizierten Bieter werden zu einem Angebot nebst Alternativen aufgefordert, welche ausschließlich auf die vom Auftraggeber gewünschte Risikostruktur abstellen. Nach Vorlage der Angebote mit technischen Alternativen und der Darlegung und Begründung des Verhandlungsbedarfs bzw. -potenzials sowie einer ersten Aufklärungsrunde sollten die bevorzugten Bieter ausgewählt werden. Hierzu ist eine **Rangfolge** zu bilden, die auf der Basis finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Kriterien sowie der Bereitschaft der Bieter, die vom Auftraggeber gewünschte Risikoallokation zu tragen, aufbaut. Die zwei bis drei besten Bieter (bevorzugte Bieter) werden zu weiteren Verhandlungen eingeladen.

Neben der absoluten Höhe der Anschubfinanzierung (bzw. dem Barwert) sind die Plausibilität und vor allem die Solidität des Finanzierungskonzeptes für die Bewertung des Angebotes in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht relevant. Für die Bewertung der finanziellen Solidität können z. B. bestimmte Kennziffern (Eigenkapitalquote, Schuldendienstdeckungsgrad) herangezogen, aber auch die Höhe der Reservekonten bewertet werden. Ein wichtiger Aspekt ist darüber hinaus die Sicherung der Gesamtfinanzierung und zwar einerseits im Hinblick auf das Volumen (z. B. ausreichende Finanzierungsreserven, Nachschussverpflichtungen der Sponsoren) und andererseits betreffend die (Re-) Finanzierung über die gesamte Konzessionsdauer. Besondere Sorgfalt ist ebenso bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit des Financial Close geboten, d.h. in wie weit der angebotene Basisfall des Bieters (*sponsors case*) dem späteren von den Banken zu Grunde gelegtem Szenario (*banking case*) entspricht.

In der ersten Wertungsstufe zur Auswahl der bevorzugten Bieter sollte bei der Bewertung der Anschubfinanzierung zusätzlich berücksichtigt werden, welches Verhandlungspotenzial die Angaben der Bieter zum Verhandlungsbedarf erkennen lassen. Deshalb soll bei Angebotsabgabe konkret dargelegt und begründet werden, wo der Bieter Verhandlungsbedarf und entsprechend seine eigene Position sieht.

Gegebenfalls sind weitere Kriterien zu ergänzen bzw. bestehende Kriterien weiter zu gliedern. Die Risiken sollten in der ersten Runde innerhalb des Kriteriums Verhandlungsbedarf gewertet werden. Sie sind möglicherweise zu untergliedern, in dem Kernrisiken bzw. die Verteilung derer auch jeweils separat bewertet werden kann, je nach den spezifischen Anforderungen der Konzessionsgeber. Im internationalen Vergleich wurde diesem Aspekt durch die Einbindung eines PSC in die Kriterien Rechnung getragen. In jedem Fall ist sicherzustellen, dass eine besondere Schwerpunktsetzung bei der Risikobewertung (z. B. bezüglich einzelner spezifischer Risiken) auch offen gelegt wird. Auch besondere betriebliche Aspekte (z.B. Personalübernahmen) könnten eine Rolle bei der Bewertung spielen.

Zum Zwecke einer um unterschiedliche Verkehrsprognosen bereinigten Wertung der Angebote kann eine Angebotskalkulation auf Basis eines Referenzverkehrsszenarios heran gezogen werden, das von den Bietern entsprechend abzufordern ist. Das Referenzverkehrsaufkommen ist in den Vergabeunterlagen entsprechend darzulegen. Es ermöglicht dem Auftraggeber die Einschätzung der Robustheit der zugrunde liegenden Struktur des Angebotes und stellt die direkte Vergleichbarkeit mit den Angeboten aller Bieter her. Außerdem kann eine Berechnung auf Basis eines Referenzzinses vorteilhaft sein, da dadurch die Unterschiede in der Finanzierungsstruktur weitgehend normiert (siehe auch 3.8.2(c)) werden.

Im Anschluss an die Verhandlungen mit den bevorzugten Bietern werden diese zur Abgabe eines letzten Angebots (BAFO) aufgefordert. Die Wertung erfolgt auf der Basis der Kriterien der ersten Runde, um Änderungen der Anforderungen aus Anfechtungsgründen zu vermeiden. Allerdings wird bei der zweiten Runde die endgültige Risikoallokation, sofern sie nicht bei beiden Bietern gleich ist (z.B. durch unterschiedliche technologische Risiken), in die Wertung ein-

bezogen.

Im Rahmen des **F-Modells** und beim **Ideenwettbewerb** sind außerdem weitere Kriterien einzuführen, welche die besonderen Belange der Planung, Genehmigungsverfahren und Mauterhebung berücksichtigen. Hier stehen insbesondere die Lösungen für ein geeignete Planungs- und Genehmigungsmanagement sowie die erweiterten Kommunikationsanforderungen durch zusätzlich Beteiligte (z.B. Nutzer, Bürgerschaft, Landtag, Genehmigungsbehörden, etc.) im Vordergrund. Beim F-Modell ergeben sich außerdem weitere Anforderungen durch die Beleihung und Mauterhebung, denen ebenfalls in den Kriterien Rechnung getragen werden muss. Die oben angesprochene projektspezifische Anpassung der Kriterien wird hier wesentlich umfangreicher notwendig sein und noch stärker als Erfolgsfaktor für das jeweilige Projekt wirken.

3.11 Absage- und Ankündigungsschreiben

Je nachdem, welche Verhandlungsstrategie bei der Reduzierung des Bieterkreises verfolgt wurde, unterscheidet sich der Zeitpunkt, wann ausgeschiedene Bieter informiert werden. Mit frühzeitiger Information erhöht sich die Rechtssicherheit des nachfolgenden Verfahrens, da der ausgeschiedene Bieter nur über einen beschränkten Einspruchszeitraum verfügt. Infrage kommt evtl. eine jeweils von den Bietern zu fordernde schriftliche Einverständniserklärung mit der Wertung bzw. des Ausscheidens. Außerdem sollten die Bieter ebenfalls ihre Zustimmung zu jedem Verfahrensschritt erklären. So kann die flexible Anpassung des Verfahrens an die Gegebenheiten rechtssicher erreicht werden.

Für die ausgeschiedenen Bieter werden z.B. in Australien Debriefings wie im Teilnahmewettbewerb vorgesehen, damit sich die Bieter über die Schwächen und Stärken ihrer Angebote informieren und umgekehrt die Vergabestelle Anregungen für zukünftige Verfahren holen konnten. Damit verbunden können sich für die Vergabestelle Risiken ergeben, wenn der ausgeschiedene Bieter Informationen erhält, die ihn zu einer Rüge animieren.

Es erscheint empfehlenswert, die Bieter frühzeitig über ihr Ausscheiden zu informieren und die Gründe dafür in **Debriefings** zu erörtern. Auch hier gilt es, zuvorderst die Verfahrenssicherheit zu wahren und im Einzelfall über die Zweckmäßigkeit zu entscheiden. Voraussetzung dafür ist ein transparentes und wettbewerbliches Verfahren. Um Verzögerungen zu vermeiden, können schriftliche Stellungnahmen der Bieter zu allen Verfahrensschritten gefordert werden.

3.12 Zuschlag

Mit der Unterzeichnung des Vertrages werden die darin enthaltenen Verpflichtungen rechtswirksam. Die gegenseitigen Verpflichtungen beziehen sich bei Straßenkonzessionen auf viele den Betrieb überwachende Regelungen. Jedoch auch schon in der Bauphase kann der Konzessionsnehmer zur Zahlung von Vertragsstrafen verpflichtet sein. Die folgende Box 20 berücksichtigt für den Straßensektor typische Aspekte des Vertragsmanagements und der Leistungskontrolle.

Box 20: Aspekte des Vertragsmanagements in Irland ⁷⁷

Vertragsdokumentation	Kapazität	Stufe der Verkehrsqualität bei Entwurf Belastungen von Verbindungen und Anschlussstellen	Mauteinnahmen und Verspätungen Anzahl der Fahrspuren
	Service Levels	Entwurfsgeschwindigkeit Reisezeit	US HCM LOS Verspätungen
	Sicherheit	Mindestanforderungen Unabhängige Begutachtung Markierung, Beschilderung & Beleuchtung	Verkehrswarn-/ -kontrollsysteme Rauhigkeit (SCRIM)
	Technischer Zustand	Mindestanforderungen Qualitätsstandards Mindestpersonal	Erhaltungsanforderungen Entwurfsgenehmigung Tests vor Inbetriebnahme
	Zahlungsbestimmungen	Nutzerzahlen und Schwellenwerte Kapazität Verfügbarkeit	Sicherheitsanforderungen Umweltbestimmungen Erhaltungskriterien
	Überwachung und Überprüfung	Verkehrsströme Zustandsuntersuchungen Abgrenzung und Beschilderung	Beleuchtung Allgemeine Erhaltung Landschaft
Bauphase	Entwurfsüberarbeitung	Übereinstimmung mit Zwängen und Baustandards	Übereinstimmung mit Ausschreibung
	Behördliche Verfahren	Abgeschlossene UVP und Enteignungsverfahren Motorway Order	Anhörungen zur Enteignung Part X Planning (wenn nötig) Besondere Genehmigungen
	Vertragsformalien	Sicherheiten	Versicherungen
	Bestehende Werks- oder Arbeitsverträge	Nicht Wahrscheinlich	
	Handwerker und Materialien	Qualitätssicherungsplan Stichproben Schnittstellen mit Dritten überwachen	Schnittstellen mit Behörden Überprüfung der Akzeptanz Netzwerkintegration
Betriebsphase	Überwachungsplan	Zustandsuntersuchungen Beschilderung, Abgrenzung und Beleuchtung	Verkehrsbelastung Dränage und Landschaft Rauhigkeit (SCRIM)
	Bereitschaft	Fahrstreifen Erhaltungsengpass	Mautkabinen Fahrzeugengpass
	Indienststellung	Akzeptanz Mängelbericht Mängelbeseitigung	Überprüfung der Verkehrssicherheit Datensammlung und -berichte
	Leistungsstandards	Benutzung und Verkehrsdurchsatz	Erfüllung von Anforderungen und Zwängen
	Zahlungsanweisungen	Schattenmaut/ Andere	Kennziffern
	Reparatur und Erhaltung	Mängelbeseitigung	Erhaltungsroutinen
	Vertragliche Verpflichtungen	Vorschriften zur Gesundheit und Sicherheit	Sicherheiten Versicherungen
	Änderungsmanagement	Sicherheitsstandards	Kapazitätserhöhungen
	Beteiligte/ Betroffene	Behördenpersonal	
	Heimfall	Heimfallregelungen Technische Überalterung	Fond für Kapazitätserhöhung Neuausschreibung Betrieb

⁷⁷ Department of the Environment and Local Governments, Contract and Performance Management, 2000, S. 32 ff.

4 Rechtliche Herleitung der Elemente des Leitfadens

4.1 Zielsetzung und Methodik

Der Leitfaden soll den damit befassten Vergabestellen als **praktische Arbeitshilfe** für die Vorbereitung und Durchführung von Verhandlungsverfahren zur Vergabe von Baukonzessionsverträgen über Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau (A-Modelle und F-Modelle) dienen. Zu diesem Zweck wird der Leser in chronologischer Abfolge durch die verschiedenen Phasen eines solchen Verhandlungsverfahrens geführt. Dadurch soll dem Leser in knapper Form ein **Überblick des Verfahrensablaufs** und das Verständnis für die kritischen Weichenstellungen vermittelt werden.

Der **Schwerpunkt** des Leitfadens liegt demgemäß auf der **praktischen Durchführung** solcher Verhandlungsverfahren. Rechtliche Streitfragen zum Verhandlungsverfahren werden nur insoweit aufgegriffen, als dies für ein zutreffendes Verständnis der mit einem solchen Verhandlungsverfahren verbundenen rechtlichen Risiken über die Darstellung in den Mustervertragsgutachten hinaus notwendig erscheint. Die Gutachten zu den Betreibermodellen bilden die Basis der Bearbeitung.

Anzumerken ist im Übrigen, dass dieser Leitfaden nicht alle mit der Vergabe von Baukonzessionen im Bundesfernstraßenbau zusammenhängenden Fragen klären kann. Schon wegen der Komplexität und des Pilotcharakters der Projekte ist es nicht möglich, sämtliche mit solchen Verfahren verbundenen Fragen zu antizipieren.

4.2 Allgemeines

Die Durchführung des Vergabeverfahrens gliedert sich in mehrere Phasen. Das strukturierte Vergabeverfahren wird durch die **Vergabebekanntmachung** eingeleitet. Darauf folgt der **Teilnahmewettbewerb** zwischen den Bewerbern. Die ausgewählten Bewerber werden zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Es folgt die eigentliche **Verhandlungsphase**, die mit der Abgabe der verbindlichen Angebote abgeschlossen wird. Daran schließt sich die **Wertung** der Angebote und die Erteilung des **Zuschlags** an den erfolgreichen Bieter an, mit dem das Vergabeverfahren beendet ist.

4.3 Konzessionsgeber

Vergabestelle ist das für den jeweiligen Streckenabschnitt örtlich zuständige **Land**. Im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung der Bundesfernstraßen hat das Bundesland allein die Kompetenz, rechtsverbindlich außenwirksam zu handeln (**Wahrnehmungskompetenz**). Wegen der Einzelheiten wird auf die grundlegenden Ausführungen unter 2.1 verwiesen.

Bei länderübergreifenden Streckenabschnitten gibt es grundsätzlich mehrere Konzessionsgeber. Allerdings können Vereinbarungen zwischen den einzelnen örtlich zuständigen Ländern getroffen werden, wonach ein Land als Vergabestelle benannt werden kann. Dies setzt den Konsens aller Beteiligten voraus.

Soweit im Rahmen eines **F-Modells** Ortsdurchfahrten durch Bundesstraßen betroffen sind, ist die jeweilige Kommune Vergabestelle. Werden durch das Projekt die Zuständigkeitsbereiche mehrerer Gebietskörperschaften erfasst, z.B. mehrerer Gemeinden und/oder Länder, gelten die gleichen Prinzipien wie bei länderübergreifenden Streckenabschnitten.

4.4 Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Die Konzessionsvergabe findet im **Verhandlungsverfahren** statt. Die sorgfältige Vorbereitung des Verfahrens ist von vorentscheidender Bedeutung für einen reibungslosen Verfahrensablauf. Zur Vorbereitung der Vergabe muss deren Wirtschaftlichkeit untersucht werden. Außerdem müssen vor Beginn des Vergabeverfahrens die Verdingungsunterlagen erstellt werden.

4.4.1 Prüfung der Wirtschaftlichkeit

Vor einem Verfahren zur Vergabe einer Baukonzession im Bundesfernstraßenbau muss gemäß § 7 BHO die **Wirtschaftlichkeit des Projekts** geklärt werden. Die Vorschrift sieht auch vor, dass ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt werden kann, in dem geklärt wird, ob private Anbieter Aufgaben der öffentlichen Hand wirtschaftlicher erbringen können.

Die Wirtschaftlichkeit der Vergabe einer Baukonzession kann im Rahmen eines solchen **Interessenbekundungsverfahrens** (auch als Market-Testing oder Markterkundungsverfahren bezeichnet) festgestellt werden. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass der öffentliche Auftraggeber klarstellt, keine förmliche Vergabe zu beabsichtigen. Denn es ist vergaberechtlich unzulässig, ein Verhandlungsverfahren zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit eines Projekts durchzuführen. Bei der Durchführung eines Markterkundungsverfahrens ist darauf zu achten, dass dadurch nicht Bieter im nachfolgenden Vergabeverfahren diskriminiert werden (§ 97 Abs. 2 GWB, § 2 Abs 2 VOB/A). Zu einer solchen Diskriminierung kann es beispielsweise kommen, wenn im Rahmen der Markterkundung Informationen mitgeteilt wurden, die in den Vergabeunterlagen nicht enthalten sind. Auch bei einem engen Fristenkorsett können sich an der Markterkundung nicht beteiligte Bieter deswegen diskriminiert fühlen, weil sie nicht die Gelegenheit zu frühzeitiger Vorbereitung auf die Vergabe hatten.

Deshalb empfiehlt es sich, ein Markterkundungsverfahren sorgfältig vorzubereiten, zuvor öffentlich bekannt zu machen und vollständig zu dokumentieren. Diese Dokumentation sollte sämtlichen Bietern in anonymisierter Form zugänglich gemacht werden. Alternativ zur Markterkundung kann die Wirtschaftlichkeit der Vergabe auch in Form von Realisierungsstudien geprüft werden. Letztlich kann jedoch ein sinnvoller Wirtschaftlichkeitsvergleich nur vorgenommen werden, wenn die öffentliche Hand ihre Kosten unter Berücksichtigung der Risikoallokation selbst feststellt.

Für das Vergabeverfahren ist die vorherige Untersuchung der Wirtschaftlichkeit wichtig, weil diese Untersuchung dem Auftraggeber einen Maßstab für die Bewertung der eingehenden Angebote gibt. Idealerweise ist hierfür ein PSC in Anlehnung an bestehende Standards, insbesondere aus dem ÖPP-Hochbaubereich in Deutschland, zu entwickeln. Dadurch wird der Auftraggeber in die Lage versetzt, unwirtschaftliche Angebote als solche zu qualifizieren. Bei Fehlen eines wirtschaftlichen Angebots kann er das Verhandlungsverfahren aufheben.

4.4.2 Erstellung der Verdingungsunterlagen

Der Auftraggeber darf mit der Ausschreibung durch Versendung der öffentlichen Bekanntmachung erst beginnen, wenn die Verdingungsunterlagen erstellt sind und die Leistung (aus seiner Sicht) innerhalb der angegebenen Fristen ausgeführt werden kann (§ 16 Nr. 1 VOB/A).

Die **Musterverdingungsunterlagen** müssen vor Versendung der Vergabebekanntmachung projektspezifisch überarbeitet vorliegen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf 4.8.2 verwiesen

4.4.3 Sicherstellung der Finanzierung

Aus § 16 Nr. 1 VOB/A ergibt sich weiterhin, dass die Finanzierung für das Bauvorhaben gesichert sein muss⁷⁸. Dies bedeutet für die Vergabe einer Baukonzession, dass es nötig ist, vor Beginn der Ausschreibung eine **Realisierungsstudie** zu erstellen. Sofern die voraussichtlichen Erträge für die Finanzierung unzureichend sind, ist es ferner notwendig, dass die öffentliche Hand ergänzend eine **angemessene Anschubfinanzierung** bereitstellt⁷⁹. Für diese Anschubfinanzierung müssen entsprechende Haushaltsmittel bereitstehen. Dementsprechend findet sich im Vergabehandbuch des Bundes zu § 16 VOB/A folgende Richtlinie:

⁷⁸ Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 9. Aufl. 2000, A § 16 Rn. 4.

⁷⁹ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 9. Aufl. 2000, A § 16 Rn. 6.

Zur Angebotsabgabe darf erst aufgefordert werden, wenn die erforderlichen Ausgabemittel zugewiesen sind und/oder eine Verpflichtungsermächtigung erteilt ist. Ausnahmen bedürfen der Zustimmung der zuständigen obersten Bundesbehörde.

Wird ausnahmsweise eine Vergabe begonnen, obwohl die Finanzierung noch nicht sichergestellt ist, sollte in der Vergabebekanntmachung hierauf ausdrücklich hingewiesen werden.

Vor Einleitung des Vergabeverfahrens ist sicherzustellen, dass die Finanzierung durch Zuweisung der Ausgabemittel bzw. eine entsprechende **Verpflichtungsermächtigung** gesichert ist. Die Anschubfinanzierung muss, soweit eine Zahlung vorgesehen ist, in der zu erwartenden maximalen Höhe im Haushalt ausgewiesen sein. Beim A-Modell muss die Mautweiterleitung sichergestellt sein. Die Verfahren müssen so angelegt sein, dass die Ermittlung und Überprüfung der weiter zu leitenden Mautbeträge möglich ist. Die Erfassung der mautpflichtigen Fahrzeuge und der Einzug der Benutzungsgebühren müssen funktionieren. Sollte dies nicht sichergestellt werden können, müssen Auffanglösungen bereitgehalten werden.

4.5 Vorinformation

Einer Vorinformation gemäß § 17 Nr. 1 Abs. 1-3 VOB/A bedarf es bei der Ausschreibung von Baukonzessionen nicht. Dies ergibt sich eindeutig aus § 32a Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, der nur auf § 17a Nr. 2 VOB/A verweist. Dies steht allerdings einer **freiwilligen Vorinformation** nach dem Muster des Anhangs I zur VOB/A nicht entgegen, wie Ziffer VI.1) des Formulars entnommen werden kann.

4.6 Vergabebekanntmachung

Der Auftraggeber muss die beabsichtigte Vergabe eines A- und/oder F-Modells gemäß § 32 a Nr. 1 Abs. 2 VOB/A vorab bekannt machen. Diese Bekanntmachung muss im **Amtsblatt der Europäischen Union** (Supplement) veröffentlicht werden. Außerdem muss der Auftraggeber die Vergabebekanntmachung gemäß § 32 a Nr. 1 Abs. 3 i.V.m. § 17 a Nr. 2 Abs. 5 VOB/A zusätzlich in Deutschland veröffentlichen.

4.6.1 Art und Weise der Veröffentlichung

Für die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union muss der Auftraggeber das als Anhang IV zur VOB/A (Ausgabe 2002) abgedruckte Formular verwenden. Das ausgefüllte Formular muss an die im Formular angegebene Adresse (Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften) geschickt werden.

Zusätzlich zu der europaweiten Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union muss die Vergabe in Deutschland bekannt gemacht werden (vgl. § 17a Nr. 2 Abs. 5 VOB/A). Dies kann in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften erfolgen. Bundes- und Landesbehörden haben die Vergabebekanntmachung im Bundesausschreibungsblatt zu veröffentlichen. Aufgrund der Vorgaben des § 17a Nr. 2 Abs. 5 Satz 2 VOB/A, wonach die nationale Vergabebekanntmachung keine weitergehenden Informationen enthalten darf als die europaweite Bekanntmachung, muss die deutsche Vergabebekanntmachung mit der europaweiten Vergabebekanntmachung inhaltlich identisch sein.

4.6.2 Inhalt

Die jeweilige Vergabestelle ist dafür verantwortlich, dass das für Baukonzessionen vorgesehene **Formblatt nach Anhang IV VOB/A** ausgefüllt wird. Das A-Modell- und das F-Modell-Gutachten gehen noch von dem früheren Formular aus, das zwischenzeitlich inzwischen überholt ist. Die darin enthaltenen Mustertexte für die Bekanntmachung sind daher nur noch eingeschränkt und unter Anpassung an das neue Formular verwendbar.

Die einzutragenden Angaben ergeben sich aus dem Formular. Im Wesentlichen ist bei der Aufstellung der Vergabebekanntmachung auf folgende Besonderheiten zu achten:

- (a) **Beschreibung der Konzession nach Gegenstand, Art und Umfang der Leistung sowie Ort der Ausführung:** Bei der Beschreibung der Konzession sind der auszubauende und zu betreibende Streckenabschnitt einschließlich seiner Länge in Kilometern anzugeben sowie die Leistungsteile, die Gegenstand der Konzession sind (ggf. erforderliche Planung, Ausbau/Errichtung, Erhaltung und Betrieb). Dabei ist die Laufzeit des Konzessionsvertrages anzugeben⁸⁰. Nach § 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. h. VOB/A soll auch eine etwaige Frist für die Ausführung der Leistung angegeben werden. Soweit eine feste Frist für das Bauprogramm festgelegt sein soll, wäre dies darzulegen. Darüber hinaus empfiehlt sich die Bezugnahme auf die Planfeststellungsbeschlüsse, soweit sie vorliegen, und der Hinweis auf den Stand des Verfahrens, soweit bei der Variante Konventionelle Planung noch kein Planungsrecht vorliegt.

Bei der Beschreibung des Umfangs der Leistung ist ggf. anzugeben, welcher Anteil in Eigenleistung zu erbringen ist. Im Hinblick auf die EG-rechtlichen Anforderungen⁸¹ empfiehlt es sich, einen Eigenleistungsanteil nicht als Teilnahmebedingung auszugestalten.

Soll die Vergabe im Rahmen der Varianten Ideenwettbewerb oder Mischmodell erfolgen, sind die zu vergebenden Planungsleistungen und der Zweck der Planung zu beschreiben, beim Mischmodell unter Abgrenzung der zu planenden Streckenabschnitte.

- (b) **Wesentliche Zahlungsbedingungen:** Die Gegenleistung ist zu beschreiben. Neben einer etwaigen Anschubfinanzierung erhält der Konzessionsnehmer beim A-Modell die auf den betreffenden Streckenabschnitt entfallende Maut nach dem ABMG und beim F-Modell das Recht, selbst Mautgebühren zu erheben.
- (c) **Teilnahmebedingungen:** Anzugeben sind die formelle Teilnahmebedingungen, Pflichtangaben und Nachweise zur geforderten wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit (§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. p. VOB/A) gemäß der Aufzählung in Abschnitt III des Formulars, ggf. unter Hinzufügung beglaubigter Übersetzungen.
- (d) **Verfahren:** Anzugeben ist, dass es sich um ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb handelt. Die Struktur ist unter Angabe der Anzahl der Bewerber bzw. Bieter, die in den jeweiligen Stufen weiterkommen, zu erläutern und es ist anzugeben, inwieweit Alternativangebote zugelassen werden.
- (e) **Frist für Teilnahmeanträge** (Ziffer IV. 1 Anhang IV VOB/A): Die Bewerbungsfrist beträgt mindestens 52 Kalendertage ab dem Tag der Versendung der Vergabebekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Union (vgl. § 32a Nr. 1 Abs. 4 VOB/A). Näher dazu unter 4.7.4.
- (f) **Zuschlagskriterien** (Ziffer IV. 1 Anhang IV VOB/A): Es ist zu empfehlen, dass bereits in der Vergabebekanntmachung angegeben wird, auf Grund welcher Kriterien (einschließlich Gewichtung) der Auftraggeber den Zuschlag zu erteilen beabsichtigt. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber spätestens im Zeitpunkt der Vergabebekanntmachung Klarheit über die Wertung der künftigen Angebote haben muss. Fehler bei der Festlegung der Wertungskriterien lassen sich nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung, nur schwer korrigieren.
- (g) **Zulässige Sprachen für das Vergabeverfahren** (Ziffer IV 2.3 des Anhangs IV VOB/A): Verfahrenssprache ist Deutsch. Bei späteren Projekten sollte vor allem im Hinblick auf den internationalen Finanzmarkt die Abfassung des Informationsmemorandums in englischer Sprache erwogen werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass nur die deutsche Fassung maßgeblich ist. Im Fall der Vorlage von Dokumenten durch

⁸⁰ Vgl. dazu die Mitteilung der Europäischen Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI. C 121/3 v. 24.09.2000.

⁸¹ EuGH, Urt. v. 18.03.2004, Rs. C-314/01; Urt. v. 02.12.1999, Rs. C-176/98; auch: Art. 47 und 48 VKR.

Bewerber, die nicht in deutscher Sprache gefasst sind, müssen beglaubigte Übersetzungen ins Deutsche beigefügt sein.

- (h) **Tag, an dem die Aufforderungen zur Angebotsabgabe spätestens abgesandt werden** (§ 17 Nr. 2 Abs. 2 lit. m. VOB/A): Der Tag der Versendung der Aufforderungen zur Angebotsabgabe ist projektspezifisch festzulegen. Es empfiehlt sich, die Vergabeunterlagen bereits zum Zeitpunkt der Bekanntmachung fertiggestellt zu haben, um sichergehen zu können, dass die Frist eingehalten werden kann.

Da der Umfang der Vergabebekanntmachung limitiert ist, empfehlen wir – wie bei vergleichbaren Projekten üblich – ein **Informationsmemorandum** vorzubereiten, das von Bietern angefordert werden kann. In der Bekanntmachung ist hierauf und auf die Stelle, wo man es anfordern kann, ausdrücklich hinzuweisen. Dieses Informationsmemorandum könnte insbesondere folgende Angaben enthalten:

- Einführung in Grundstruktur des Projekts
- Projektorganisation
- Nähere Beschreibung des Projekts
- Erläuterung des Projekthintergrundes
- Struktur und wesentliche Inhalte des Konzessionsvertrags
- Risikoverteilung
- Vergütungsmechanismen (Anschubfinanzierung; Mautweiterleitung bzw. Mauterhebung)
- Beschreibung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens mit Wertungskriterien
- Erläuterung der Formblätter

Die Angaben im Informationsmemorandum sind bindend. Von ihnen darf im Laufe des Verfahrens nicht abgewichen werden. Soweit einzelne Punkte (ausnahmsweise) noch nicht geklärt sein sollten oder wenn man sie dem Wettbewerb unterstellen möchte, sollte dies aus dem Text klar und eindeutig hervorgehen.

Darüber hinaus empfiehlt es sich für beizubringende Angaben und / oder Nachweise, z.B. Referenzprojekte oder Bietererklärungen Formulare (Formblätter) zu vorzugeben. Dies erleichtert die Abwicklung auf Seiten der Bewerber und die Auswertung durch die Vergabestelle.

In der Vergabebekanntmachung sind die in dem amtlichen Formular geforderten Angaben zu machen. Es empfiehlt sich, ergänzend ein Informationsmemorandum zur Verfügung zu stellen und Formulare für die von den Bewerbern beizubringenden Nachweise, Angaben und Erklärungen vorzugeben.

4.6.3 Zeitpunkt

Der Zeitpunkt, zu dem die Vergabebekanntmachung veröffentlicht werden soll, ist weder in § 32a VOB/A noch sonst im Abschnitt 2 VOB ausdrücklich geregelt. § 17a Nr. 1 Abs. 1-3 VOB/A (Vorinformationen) findet ausdrücklich bei der Baukonzession keine Anwendung. Aus § 32a Nr. 1 Abs. 3 i.V.m. § 17a Nr. 2 Abs. 5 VOB/A ergibt sich nur, dass die Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung nicht in Deutschland erfolgen darf, bevor die europaweite Vergabebekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Union abgesendet worden ist. Die Bestimmung des § 17a Nr. 1 Abs. 3 VOB/A, nach der die Information über zu vergebende Bauaufträge so bald wie möglich nach Genehmigung der Planung europaweit bekannt gemacht werden soll, ist auf Grund von § 32a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht anwendbar. Dies bedeutet, dass für die hier in

Rede stehenden Baukonzessionen, dass die Vergabe auch ohne genehmigte Planung für die Errichtung des Bauwerks bzw. den Ausbau des betroffenen Streckenabschnitts (Stichwort Ideenwettbewerb) vergaberechtlich zulässig ist.

Zu beachten ist, dass gemäß § 16 Nr. 1 VOB/A, der gemäß § 32 Nr. 2 VOB/A sinngemäß anwendbar ist, erst dann mit der Ausschreibung begonnen werden soll, wenn die Verdingungsunterlagen fertig gestellt sind und innerhalb der Fristen mit der Bauausführung begonnen werden kann.

4.7 Teilnahmewettbewerb (Präqualifikation)

Der Auftraggeber prüft im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs, ob die Bewerber geeignet sind. Er wählt aus dem Kreise der geeigneten Bewerber die in der Vergabebekanntmachung angegebene Mindest- oder Höchstzahl an Bewerbern aus, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollen. Die Prüfung der Eignung erfolgt anhand der Nachweise, die mit der Vergabebekanntmachung angefordert worden sind (§ 17 Nr. 2 p) VOB/A). Der Auftraggeber ist verpflichtet, alle Bewerber beim Teilnahmewettbewerb gleich zu behandeln (§ 8 Nr. 1 VOB/A). Es ist ihm insbesondere verwehrt, Bewerber aus einer bestimmten Region zu bevorzugen. Der Auftraggeber darf nur solche Bewerber zur Abgabe eines Angebots auffordern, die im Teilnahmewettbewerb ihre Eignung nachgewiesen haben. Zu beachten ist, dass die **Feststellung der Eignung** bei der Qualifikation grundsätzlich **bindend** ist. Einem Bewerber, der zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden ist, kann nur dann noch nachträglich die Eignung abgesprochen werden, wenn nachträglich neue Tatsachen bekannt werden oder neue Entwicklungen die Eignung in Frage stellen.

4.7.1 Erklärungen und Nachweise

Der Auftraggeber kann von den Bewerbern die Vorlage von Angaben über den Umsatz, die Ausführung vergleichbarer Leistungen, die Anzahl der beschäftigten Arbeitskräfte, die technische Ausrüstung, das Führungspersonal und einen Nachweis über die Eintragung ins Berufsregister verlangen⁸² (vgl. § 8 Nr. 3 VOB/A). Der Auftraggeber ist zur Klärung der Eignung der Bewerber berechtigt, von diesen zu verlangen, dass sie ihre Angaben für die einzelnen Leistungsbestandteile Planung, Bau, Erhaltung und Betrieb aufschlüsseln. Üblicherweise verlangt der Auftraggeber von den Bewerbern, dass diese erklären, welche Leistungen sie an Nachunternehmer zu vergeben planen. Der Auftraggeber ist ferner berechtigt, bei den Angaben zur Ausführung vergleichbarer Leistungen von den Bewerbern detaillierte Angaben zu verlangen. Es ist auch Standardpraxis, von den Bewerbern Nachweise und Erklärungen darüber zu verlangen, dass **kein Ausschlussstatbestand iSd § 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A** erfüllt ist, also kein Fall der Insolvenz oder Liquidation gegeben ist, keine schwerwiegende Verfehlung begangen wurde, Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen ordnungsgemäß erfüllt worden sind und keine unzutreffenden Erklärungen im Vergabeverfahren gemacht worden sind.

Das Vergaberecht erlaubt es dem Auftraggeber, weitere „insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Nachweise“ zu verlangen (§ 8 Nr. 3 g) VOB/A). Für den Ideen- und Mischwettbewerb, bei dem der Konzessionsnehmer in erheblichem Maße Planungsleistungen zu erbringen hat, liegt es nahe, vom Bewerber einen Nachweis darüber zu verlangen, dass er über das für die planerischen Leistungen notwendigen personellen und sachlichen Ressourcen verfügt. Desgleichen ist es zweckmäßig, von den Bewerbern den Nachweis zu verlangen, dass sie über Erfahrung mit der Strukturierung von Finanzierungskonzepten bei Verkehrsprojekten oder vergleichbaren komplexen Großprojekten verfügen und einen international erfahrenen Finanzarrangeur beauftragt haben. Außerdem liegt es nahe, bei Bietergemeinschaften die Vorlage des Konsortialvertrags und ergänzender interner Leistungsverträge zu verlangen. Denn diese Verträge zeigen die interne Aufgaben- und Risikoverteilung der Bietergemeinschaft. Falls solche Verträge zum Zeitpunkt der Stellung des Teilhmeantrags noch nicht vorliegen sollten, sollte von den Bewerbern verlangt werden, jedenfalls die Eckpunkte der Zusammenarbeit im Konsortium dazulegen und eine verbindliche Erklärung darüber abzugeben, wie die Haftung der

⁸² Eine Übersicht über das maßgebliche Berufsregister bei ausländischen Bewerbern findet sich bei Hennemann, in: Völlink/Kehrberg (Hrsg.), VOB/A, § 8 VOB/A, Rn. 38.

Mitglieder der Bietergemeinschaft für die vollständige Vertragserfüllung (der Projektgesellschaft) ausgestaltet sein soll.

4.7.2 Bewerbergemeinschaften

Da der Baukonzessionsnehmer eine komplexe Leistung zu erbringen hat, die sich aus den Leistungsbestandteilen (Bau, Erhaltung und Betrieb) zusammensetzt, und die Projekte ein erhebliches Volumen haben, ist davon auszugehen, dass in erster Linie Bewerbergemeinschaften am Teilnahmewettbewerb teilnehmen werden. Für die Beteiligung von Bietergemeinschaften am Vergabeverfahren gilt im Grundsatz, dass sie **wie Einzelbieter** zu behandeln sind (§ 25 Nr. 6 VOB/A). Dieser Grundsatz gilt auch für den Teilnahmewettbewerb. Dies bedeutet, dass die Bewerbergemeinschaft **als Gesamtheit geeignet** sein muss. Die Fähigkeiten und Ressourcen der einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft müssen sich so ergänzen, dass sie gemeinsam in der Lage sind, den zu vergebenden Konzessionsvertrag zu erfüllen. Nachweise über die Zuverlässigkeit müssen von jedem Mitglied der Bewerbergemeinschaft erbracht werden.

Zusätzlich ist bei Bewerbergemeinschaften zu prüfen, ob der Zusammenschluss zu einer Bewerbergemeinschaft dazu führt, dass der **Wettbewerb** unzulässig **beschränkt** wird (§ 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Bildung von Bewerbergemeinschaften dazu führt, dass es weniger als drei Bewerber gibt. In diesem Fall läge die Annahme nahe, dass die Bildung von Bewerbergemeinschaften im Ergebnis bewirkt, dass wirklicher Wettbewerb behindert wird. Da der Auftraggeber aufgrund von § 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/A zu prüfen hat, ob die Bildung der Bewerbergemeinschaften, die Teilnahme an dem Vergabeverfahren beantragen, kartellrechtlich zulässig ist, empfiehlt es sich bereits in der Bekanntmachung zu verlangen, dass Bietergemeinschaften ihre interne Organisationsstruktur offen legen. Zusätzlich empfiehlt es sich, von Bietergemeinschaften zu verlangen, dass diese offen legen, welche Leistungen ihre Mitglieder bei Beauftragung erbringen werden.

Es ist außerdem empfehlenswert, in der Vergabebekanntmachung darauf hinzuweisen, dass es unzulässig ist, sich an der Vergabe sowohl als Einzelbewerber als auch als Mitglied einer Bewerbergemeinschaft zu beteiligen. Denn bei einer solchen doppelten Beteiligung droht die Gefahr der Preisabstimmung, weil der Einzelbieter als Mitglied der Bewerbergemeinschaft Kenntnis vom Angebot der Bewerbergemeinschaft hat. Hinzu kommt, dass die Beteiligung als Einzelbieter zugleich ein Indiz dafür ist, dass die Bildung der Bewerbergemeinschaft kartellrechtlich unzulässig ist. Denn durch die Beteiligung als Einzelbieter scheint bestätigt zu sein, dass die Bildung einer Bewerbergemeinschaft für die Beteiligung am Vergabeverfahren unnötig war und deswegen den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt⁸³. Durch die Aufnahme einer Bestimmung in der Bekanntmachung, nach der die gleichzeitige Beteiligung als Einzelbewerber und als Mitglied einer Bietergemeinschaft unzulässig ist, vermeidet der Auftraggeber Streitigkeiten darüber, ob es durch eine solche Doppelbeteiligung zu einer unzulässigen Beschränkung des Wettbewerbs gekommen ist.

Betriebe der öffentlichen Hand oder Verwaltung dürfen nicht als Bewerber oder Mitglied einer Bewerbergemeinschaft am Vergabeverfahren und auch nicht als Nachunternehmer im Rahmen der Bewerbung benannt werden. Solche Betriebe sind vom Vergabeverfahren zwingend auszuschließen. Es ist jedoch statthaft, dass sich von der öffentlichen Hand allein oder mehrheitlich gehaltene private Kapitalgesellschaften an dem Vergabeverfahren als Bieter, Mitglied einer Bewerbergemeinschaft oder benannter Nachunternehmer beteiligen. Diese Maßgaben gelten in gleicher Weise für inländische und ausländische Bewerber.

4.7.3 Kommunikation mit den Bewerbern

Es ist davon auszugehen, dass die Bewerber im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs dem Auftraggeber **Fragen zur Bewerbung** stellen werden. Der Auftraggeber sollte hierauf reagieren, indem er die Bewerber auffordert, alle Anfragen grundsätzlich in schriftlicher Form zu stellen. Die (anonymisierte) Anfrage wird dann mitsamt der Antwort sämtlichen Bewerbern

⁸³ Vgl. dazu Bechtold, GWB, § 1 GWB, Rn. 76.

gleichzeitig per Einschreiben übermittelt. Durch ein solches Vorgehen gewinnt der Auftraggeber Zeit, um sich mit seinen Beratern abzustimmen und die rechtliche Relevanz der Frage zu prüfen. Hinzu kommt, dass mit einem solchen schriftlichen Verfahren zugleich dokumentiert ist, dass sämtlichen Bewerbern alle Informationen gleichzeitig übermittelt wurden. Auf diese Weise kann der Auftraggeber möglichen Diskriminierungsvorwürfen vorbeugen.

4.7.4 Bewerbungsfrist

Der Auftraggeber muss in der Bekanntmachung auch den Schlusstermin für den Eingang der Bewerbungen festlegen. Die Frist beträgt bei Baukonzessionen **mindestens 52 Kalendertage** ab Versendung der Vergabebekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Union. Die Berechnung der Frist richtet sich nach der Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 03.06.1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine der Europäischen Gemeinschaften⁸⁴, die inhaltlich im Wesentlichen den Regelungen der §§ 187 ff. GWB entspricht. Es empfiehlt sich, für die Vergabe von Baukonzessionen im Bundesfernstraßenbau eine längere Frist vorzusehen, um hinreichende Zeit für die Formierung von Bietergemeinschaften zu geben. Eine Frist von 60 Kalendertagen ist angemessen.

4.7.5 Auswahl unter den Bewerbern

Bei der Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, geht es darum, die Eignung der Bewerber zu prüfen und diejenigen auszuwählen, die voraussichtlich das beste Angebot abgeben werden. Der Auftraggeber sollte mindestens drei Bewerber zur Abgabe eines Angebots auffordern (vgl. § 8a Nr. 3 VOB/A), um nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, das Wettbewerbsgebot verletzt zu haben (§ 97 Abs. 1 GWB). Der Auftraggeber sollte jedoch **nicht mehr als fünf Bewerber** zur Abgabe eines Angebots auffordern. Denn ansonsten kann die stringente und zügige Verhandlungsführung nicht mehr gewährleistet werden.

Die Auswahl unter den Bewerbern erfolgt in zwei Schritten. Zunächst werden die Bewerbungen darauf hin überprüft, ob sie vollständig und formell ordnungsgemäß sind. Die Bewerbungen werden darauf überprüft, ob sie vollständig und formell ordnungsgemäß sind. Dazu gehört auch, dass der Teilnahmeantrag (Formblatt A) von einer zeichnungsberechtigten Person unterschrieben ist. Bei Bewerbungen von Bietergemeinschaften müssen entweder sämtliche Einzelunternehmen oder ein von allen Einzelunternehmen Bevollmächtigter rechtsverbindlich unterschreiben, wobei die schriftliche Ermächtigung der anderen Mitglieder beigefügt sein muss. Teilnahmeanträge, die nicht ordnungsgemäß unterschrieben sind, unvollständig sind oder sonstige Mängel aufweisen, sind vom Konzessionsgeber auszuschließen⁸⁵.

Anschließend wird in einem zweiten Schritt geprüft, ob die Bewerber **sachlich und persönlich geeignet** sind, den zu vergebenden Konzessionsvertrag zu erfüllen. Für die Eignung kommt es auf deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit an. Dies bedeutet, dass festgestellt wird, ob die Bewerber über die notwendigen fachlichen Kenntnisse, personellen und sachlichen Ressourcen verfügen. Für die erforderliche Zuverlässigkeit kommt es darauf an, ob der Bewerber seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und Verträge in der Vergangenheit erfüllt hat, so dass von ihm eine einwandfreie Ausführung und Gewährleistung erwartet werden kann. Die Auswahl unter den geeigneten Bewerbern erfolgt, indem nur die Bewerber, die die besten Ergebnisse erzielt haben, zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

Es liegt auf der Hand, dass der Auftraggeber vorab transparent darlegen muss, wie die Eignung der Bewerber festgestellt wird. Deshalb muss der Auftraggeber eine **Bewertungsmatrix** im Teilnahmewettbewerb offen legen, die er bereits vor Beginn der Vergabe erstellt hat⁸⁶. Sofern eine solche Bewertungsmatrix nicht endgültig vorliegt, sollten im Informationsmemorandum bzw. in den Bewerbungsunterlagen die Eignungskriterien dargelegt werden. Dies erleichtert es den Bewerbern, geeignete Bietergemeinschaften zu formieren und den Teilnahmeantrag zielgerichtet vorzubereiten.

⁸⁴ ABl. Nr. L 124 v. 08.06.1971, 1 ff.

⁸⁵ So jüngst BGH, Beschl. v. 18.05.2004 - X ZB 7/04.

⁸⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.12.2002, Rs. C-470/99, Rn. 99.

Über die Sichtung und Wertung der Teilnahmeanträge erstellt der Auftraggeber ein Protokoll, das dem Vergabebericht beigelegt wird. Dieses Protokoll dokumentiert die oben beschriebenen Prüfungsschritte. Das Protokoll muss die Bewertung der Eignung der Bieter nachvollziehbar machen. Das Protokoll sollte auch etwaige Aufklärungsgespräche mit einzelnen Bewerbern dokumentieren, um zu zeigen, dass hierbei der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt wurde.

4.7.6 Mitteilung an nicht ausgewählte Bewerber

Die Bewerber, die nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden sollen, sollten hierüber im Anschluss an die Entscheidung **schriftlich unter Angabe der wesentlichen Gründe** unterrichtet werden. Nach § 27 Nr. 2 VOB/A kann ein Bewerber verlangen, dass ihm die Gründe für seine Nichtberücksichtigung mitgeteilt werden. Für die inhaltlichen Anforderungen, die an solche Schreiben zu stellen sind, bietet der in diesem Zusammenhang (nicht direkt anwendbare) § 13 VgV eine geeignete Richtschnur. Dies bedeutet, dass die Bewerber darüber unterrichtet werden, ob der Teilnahmeantrag aus formellen Gründen ausgeschlossen worden ist, ob der Bewerber als geeignet qualifiziert worden ist und weshalb der Bewerber nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden ist. Denn die Bewerber, die nicht zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, scheiden aus dem weiteren Verfahren aus, falls der Auftraggeber sich nicht ausdrücklich vorbehalten hat, beim Ausscheiden eines Bieters geeignete Bewerber nachträglich zu benennen.

Die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs vorgenommene Konkretisierung und Gewichtung der Eignungskriterien als auch die Eignungsprüfung selbst unterliegen der Rechtskontrolle im Nachprüfungsverfahren (§ 107 Abs. 1 GWB). Im Rahmen dieser Rechtskontrolle wird geprüft, ob der Sachverhalt zutreffend ermittelt worden ist, ob sachwidrige Erwägungen vorliegen und ob die Eignungskriterien zutreffend angewandt worden sind⁸⁷. Vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens muss der abgelehnte Bewerber die fehlerhafte Eignungsprüfung gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich rügen (§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB).

4.8 Angebotsphase

Die Angebotsphase beginnt damit, dass den ausgewählten Bewerbern die Vergabeunterlagen übersandt werden. Die Unterlagen müssen die ausgewählten Bewerber in die Lage versetzen, ein Angebot abzugeben.

Nach § 10 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A setzen sich die Vergabeunterlagen aus folgenden Teilen zusammen:

- Aufforderung zur Angebotsabgabe mit Bewerbungsbedingungen
- Verdingungsunterlagen

4.8.1 Aufforderung zur Angebotsabgabe

Das Anschreiben mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe muss alle Angaben enthalten, die (außer den Verdingungsunterlagen) für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind. Die Bewerbungsbedingungen enthalten die Erfordernisse allgemeiner Art, die Auftraggeber, die ständig Bauleistungen vergeben, anwenden (§ 10 Nr. 5 Abs. 5 VOB/A).

(a) Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anschreiben)

Im Rahmen des Gutachtens **A-Modell** wurde ein Muster-Anschreiben entwickelt, das auf der Struktur der Vergabeunterlagen nach dem Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB), insbesondere dem Formular HVA B-StB-Aufforderung 1 (12/02), beruht. Das Gutachten enthält Muster für die Varianten Konventionelle Planung, Ideenwettbewerb und Mischmodell. Für das **F-Modell** ist ein solches Anschreiben noch projektspezifisch zu

⁸⁷ OLG Naumburg, Beschl. v. 15.01.2002, ZfBR 2002, 301 [302].

entwickeln. Als Grundlage kann ebenfalls das Formular HVA B-StB-Aufforderung 1 (12/02) herangezogen werden.

- (i) Das Anschreiben ist von der Vergabestelle projektspezifisch anzupassen und zu vervollständigen. Angebote

Die ausgewählten Bewerber werden aufgefordert, ein **bevorzugtes Angebot** zu legen. Sie können darüber hinaus maximal **zwei technische alternative Angebote** abgeben. Alle Angebote müssen der Leistungsbeschreibung entsprechen. Davon abweichende Angebote sind unzulässig. Der Bieter muss dasjenige Angebot als bevorzugtes (Haupt-)Angebot kennzeichnen, das seines Erachtens das beste ist. Insbesondere der Inhalt des Konzessionsvertrags und die darin festgelegte Risikoverteilung und sonstigen Modalitäten sind für das bevorzugte Angebot verbindlich. Die Alternativangebote müssen ebenfalls vollständig sein, d.h. Finanzierungsmodell, Anschubfinanzierung, Auswirkungen auf Erhaltung und Betrieb sowie die Betrachtung der spezifizierten Referenzszenarien etc. enthalten. Sämtliche Abweichungen in den Alternativangeboten im Verhältnis zu dem bevorzugten Angebot sind von den Bewerbern nach Maßgabe der Bewerbungsbedingungen zu begründen..

Mit Angebotslegung muss der Bieter konkret darlegen und begründen, wo er Verhandlungsbedarf im Hinblick auf die nicht-technischen Punkte, insbesondere bei der Risikoverteilung, sieht.

Im Hinblick hierauf ist Randnummer 7 des Musteranschreibens anzupassen.

- (ii) Verhandlungsverfahren

Das Musteranschreiben aus dem Gutachten A-Modell sieht bei Randnummer 10 lediglich einen Hinweis auf das Beiblatt „Angebotswertung“ vor. Hier sollte ein Verweis auf die Struktur des Verhandlungsverfahrens (vgl. **Anlage K1**) erfolgen, die in dieser Form im Gutachten nicht vorgesehen war. Insbesondere sind die Bewerber aufzufordern, mit ihren jeweiligen Angeboten konkret den Verhandlungsbedarf im Hinblick spezifische Punkte darzulegen und zu begründen.

Projektspezifisch ist im Anschreiben klar vorzugeben, welche Aspekte des Konzessionsvertrags nicht verhandelbar sind.

- (iii) Sicherheitsleistung

Der Auftraggeber hat bei dem Verlangen nach Sicherheitsleistungen der Bieter (vgl. § 10 Nr. 5 Abs. 2 lit. m) VOB/A) zu beachten, dass solche Sicherheitsleistungen im nichtoffenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren nur ausnahmsweise verlangt werden dürfen (vgl. § 14 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Beim **A-Modell** sind zumindest für die Bauleistungen Sicherungsmittel wie etwa **Zurückbehaltungsrechte an der Anschubfinanzierung** oder an den Mautzahlungen vorzusehen. Sofern aufgrund der projektspezifischen Besonderheiten die Sicherungsbedürfnisse des Auftraggebers nicht durch solche Zurückbehaltungsrechte angemessen gesichert werden können, ist auf projektspezifischer Basis jeweils zu bestimmen für welche (Teil-) Leistungen von den Bietern eine Sicherheitsleistung verlangt wird. Für die Erhaltung und den Betrieb während der Konzessionslaufzeit geht das Gutachten A-Modell davon aus, dass es gerechtfertigt ist, die Bereitstellung einer angemessenen Sicherheitsleistung etwa in Form einer Bankbürgschaft zu verlangen. Ein entsprechendes Verlangen wäre in das Anschreiben an die ausgewählten Bewerber aufzunehmen.

Beim **F-Modell** kommt eine Sicherheit in Form eines Zurückbehaltungsrechts an den Mauteinnahmen nicht in Betracht. Ein Zurückbehaltungsrecht an der

Anschubfinanzierung ist jedoch auch hier möglich. Im Gutachten F-Modell wird vorgeschlagen, Sicherheiten in der Form von bankgestützten Garantien zu verlangen. Wichtig ist vor allem die Absicherung des Nichtfertigstellungsrisikos. Ferner können Sicherheiten für das Risiko der mangelnden Leistungsfähigkeit und das Risiko der Kostenüberschreitung verlangt werden.

(iv) Zusatzinformationen

Es ist projektspezifisch zu entscheiden, ob die Einrichtung eines Datenraums, in dem weitere Unterlagen eingesehen werden können, sinnvoll erscheint.

Es empfiehlt sich, einen Hinweis auf die Vergabebekanntmachung und das Informationsmemorandum aufzunehmen, einschließlich einer Klarstellung, in welcher Hierarchie die Unterlagen zueinander stehen, soweit sich Widersprüche ergeben.

Als Hintergrundinformation sind die **Realisierungsstudien** auf Nachfrage verfügbar zu machen. Dies geschieht jedoch stets unter dem Vorbehalt, dass für etwaige Annahmen im Gutachten bzw. der Studie seitens des Konzessionsgebers keine Haftung übernommen wird.

(v) Bindefrist und Entschädigung

Die Zuschlags- und Bindefrist gemäß § 19 VOB/A ist festzulegen. Sie wird angesichts der Komplexität der Projekte und des zu erwartenden Umfangs der Angebote **mindestens sechs Monate** betragen.

Für die Bearbeitung der Angebote muss der Konzessionsgeber eine Entschädigung leisten, soweit die Bieter Entwürfe, Pläne, Zeichnungen und statische Berechnungen, Mengenberechnungen und andere Unterlagen für die Erstellung eines Angebots ausarbeiten müssen (§ 20 Nr. 2 Abs. 1 S. 1 VOB/A). Um die Entschädigungspflicht auszulösen, muss es sich um zusätzliche Leistungen handeln, die über die Bearbeitung des Angebots hinausgehen. Ein Entschädigungsanspruch besteht im Übrigen nur dann, wenn der Konzessionsgeber diese Sonderleistungen ausdrücklich verlangt. Soweit eine detaillierte Referenzplanung vorliegt, kommt eine Entschädigung nicht in Betracht.

Die Entschädigung wird im Anschreiben an die ausgewählten Bewerber festgesetzt. Es empfiehlt sich eine pauschale Festsetzung. Die Höhe der Entschädigung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

(b) Bewerbungsbedingungen

Im Rahmen des Gutachtens A-Modell wurden auf der Basis des HVA B-StB Bewerbungsbedingungen für Baukonzessionen nach dem A-Modell entworfen. Das Gutachten enthält Muster für die Varianten Konventionelle Planung, Ideenwettbewerb und Mischmodell. Für das F-Modell existiert ein solches Muster nicht. Die Bewerbungsbedingungen können auf der Grundlage des im HVA B-StB enthaltenen Mustertexts erstellt werden.

Die Bewerbungsbedingungen sind an die Struktur des entwickelten Verhandlungsverfahrens anzupassen.

(i) Nachunternehmer

Das Gutachten A-Modell geht davon aus, dass ein Bieter keine Nachunternehmer zur Erbringung der Leistung einsetzen darf. Dem wird nicht gefolgt. Es entspricht inzwischen gefestigter Rechtsprechung, dass sich ein Bewerber zum Nachweis seiner Eignung auch auf Nachunternehmer stützen kann, wenn er nachweisen

kann, dass er über die Mittel. Des Nachunternehmers verfügen kann⁸⁸. Zum Nachweis, dass diese die Leistungen erbringen kann, ist eine schriftliche Erklärung des Nachunternehmers beizubringen. Die Vorgaben des § 32 a Nr. 2 VOB/A für die Vergabe von Aufträgen eines privaten Konzessionsnehmers an Dritte gelten nach hiesiger Auffassung nur für Vergaben an Dritte, die nicht im Rahmen des Verfahrens über die Vergabe der Baukonzession ausgewählt wurden⁸⁹. Ist der Bieter gemeinsam mit einem Nachunternehmer im Rahmen eines Vergabeverfahrens ausgewählt worden, fehlt auch die sachliche Rechtfertigung für ein weiteres Verfahren. In dieser Hinsicht ist Ziffer 6 der Bewerbungsbedingungen anzupassen.

(ii) Verhandlungsverfahren

Parallel zum Anschreiben sind die Bewerbungsbedingungen um die Anforderungen an die Darlegung und Begründung des konkreten Verhandlungsbedarfs zu ergänzen. Dieser muss Punkt für Punkt dargestellt und begründet werden. Dabei sind technische Aspekte von kaufmännischen Fragen zu unterscheiden.

Im Rahmen des Beiblatts „Angebotsbewertung“ ist darauf hinzuweisen, dass und nach welchen Kriterien die bevorzugten Bieter aus dem Kreis der präqualifizierten Bewerber ausgewählt werden.

(iii) Sonstige Anpassungen

Die im Zusammenhang mit dem Anschreiben (siehe oben (a)) genannten Anpassungen bedingen entsprechenden Änderungsbedarf in den Bewerbungsbedingungen.

(c) Zusätzliche Bewerbungsbedingungen zur Finanzierung

Für die Bewertung und Analyse der Angebote durch den Auftraggeber insbesondere im Hinblick auf die **Solidität und Nachhaltigkeit der Finanzierung** sollen die Bieter in ihrem Angebot detaillierte Information darlegen über:

- das Unternehmen, das im Konzessionsvertrag der Vertragspartner des Auftraggebers sein wird (Konzessionsnehmer)
- die unterzeichneten und geplanten Verträge zwischen Eigenkapitalgebern, Kreditinstituten und Subunternehmern
- die Finanzierung (Finanzierungsinstrumente, Struktur, Eigen- und Fremdkapital).

Darüber hinaus soll der Anbieter ausführliche Informationen über die ökonomischen und finanziellen Voraussetzungen, die dem Angebot zu Grunde liegen, unterbreiten. Diese Informationen sind für jedes Jahr der Konzessionsvertragslaufzeit in Form eines Finanzmodells sowie bestimmter vorgegebener Formblätter (Vordrucke) zur Verfügung zu stellen.

Der Anbieter muss eine vollständige Aktualisierung aller wirtschaftlichen und finanziellen Angaben vornehmen, die sich seit Einreichung der Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb geändert haben.

Jegliche Veränderungen betreffend die Bietergemeinschaft oder die Konzessionsgesellschaft bzw. deren Gesellschafter sind dem Auftraggeber mitzuteilen und von diesem zu genehmigen.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 18.03.2004, Rs. C-314/01.

⁸⁹ Vgl. Portz, in: Ingenstau/Korbion, § 32 a Rn. 12, für verbundene Unternehmen.

(d) Zeitrahmen

Der zeitliche Rahmen für die Abgabe der indikativen Angebote ist projektspezifisch festzulegen und hängt unter anderem davon ab, in welchem Umfang Planungsleistungen zu erbringen sind. Aus unserer Sicht sollte für die Erstellung des indikativen Angebotes von einem Zeitraum von etwa vier bis sechs Monaten ausgegangen werden.

4.8.2 Verdingungsunterlagen

Die Verdingungsunterlagen umfassen die **Vertragsbedingungen** und die **Leistungsbeschreibung**, die ebenfalls Vertragsbestandteil wird. Die Vertragsbedingungen finden sich im Konzessionsvertrag und den darin in Bezug genommenen sonstigen Vertragsbedingungen.

(a) Konzessionsvertrag

Aus unserer Sicht ist es zweckmäßig und aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig, einen **Entwurf des Konzessionsvertrags** dem Anschreiben an alle Bieter bzw. den Vergabeunterlagen beizufügen. Ansonsten wird man nicht davon ausgehen können, dass die Leistung, die maßgeblich durch die Bestimmungen des Konzessionsvertrags bestimmt wird, vollständig und umfassend beschrieben ist.

Grundlage des Vertragsentwurfs ist der **Musterkonzessionsvertrag** zum A-Modell, der überarbeitet und projektspezifisch ergänzt werden muss. Für das F-Modell wurde ebenfalls ein Musterkonzessionsvertrag erarbeitet, der bei der projektspezifischen Überarbeitung an die Erkenntnisse aus dem Gutachten A-Modell anzupassen sein wird.

Die Unterlagen sind projektspezifisch anzupassen. Zu beachten ist dabei, dass den Bietern „kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet“ werden darf. Dies bedeutet, dass bei Änderungen an den in den Musterverdingungsunterlagen festgelegten Risikoallokation sichergestellt sein muss, dass die Bieter keine Risiken für Umstände und Ereignisse tragen, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen sie nicht vorab einschätzen können (vgl. § 9 Nr. 2 VOB/A). Die Übertragung „ungewöhnlicher Wagnisse“ ist auch deshalb nicht zweckmäßig, weil sie regelmäßig zu einem hohen Risikoaufschlag führen und damit einen negativen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Projekte haben kann.

Grundsätzlich können sich im Zuge des Verhandlungsverfahrens Änderungen des Konzessionsvertragsentwurfes ergeben. Der Entwurf und die hierzu dargelegten und begründeten Änderungsvorschläge sind allerdings **Ausgangspunkt der Verhandlungen**.

(b) Leistungsbeschreibung

Grundlage für das Angebot, die Wertung und die Vertragsdurchführung ist die Leistungsbeschreibung. Nach § 9 Nr. 1 S. 1 VOB/A muss die Leistung **eindeutig und erschöpfend** beschrieben werden. Dies soll den Bietern eine zuverlässige Kalkulationsgrundlage vermitteln und die Vergleichbarkeit ihrer Angebote sichern..

Die Leistung kann mittels eines **Leistungsverzeichnisses** oder eines **Leistungsprogramms** beschrieben werden. Im Leistungsverzeichnis ist die Leistung anhand einer detaillierten Liste zu definieren, während im Leistungsprogramm (funktionale Leistungsbeschreibung) die Leistung im Rahmen einer funktionsorientierten Zielvorgabe zu beschreiben ist. Da die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses als der gesetzliche Regelfall angesehen wird, bedarf die abweichende Entscheidung für die funktionale Leistungsbeschreibung nach § 9 Nr. 10 VOB/A einer sachlichen Rechtfertigung. Bei den Betreibermodellen im Rahmen des A- und F-Modells lässt sich die gewählte Vorgehensweise mit dem Erfordernis der wirtschaftlichen, technischen und gestalterischen Projektoptimierung begründen. Dabei muss dargestellt werden, dass die

Vergabe mittels einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis unter ausdrücklicher Zulassung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten nicht zu realisieren ist. Sowohl beim A-Modell als auch beim F-Modell kommt es auf die planerischen Voraussetzungen und die Möglichkeiten der Rechtfertigung einer funktionalen Ausschreibung an. Die Begründung für die funktionale Leistungsbeschreibung ist im Vergabevermerk sorgfältig zu dokumentieren.

Die mit den Betreibermodellen angestrebten Effizienzvorteile, wie insbesondere die Risikoverlagerung auf Private, der Einsatz neuer Technologien und die Ermittlung der wirtschaftlich und technisch besten Lösung im Wettbewerb, lassen sich am ehesten dadurch erreichen, dass über die Mindestanforderungen hinaus möglichst wenig Vorgaben gemacht werden. Aus diesem Grund ist zu empfehlen, die Leistung lediglich in Gestalt eines Leistungsprogramms zu beschreiben. Die Betreibermodelle sind dadurch geprägt, dass nicht nur der Ausbau, sondern auch die Erhaltung und der Betrieb Gegenstand des Vertrages sind. Dem liegt der Lebenszyklusgedanke zugrunde. Der Konzessionsnehmer, der die Baumaßnahme vornimmt, ist zugleich für einen langen Zeitraum für den Erhalt und den Betrieb des Bauwerks verantwortlich. Er hat daher ein großes Interesse, das Bauwerk in einer Weise zu errichten, die ihm die Erhaltung und den Betrieb erleichtern. Andererseits kann er bei der Errichtung des Bauwerks die Bedürfnisse einer kostengünstigen und effektiven Erhaltung und eines optimierten Betriebs berücksichtigen, um in der Gesamtheit die bestmögliche Lösung zu finden. Diese Abhängigkeiten und Chancen prägen die Betreibermodelle. Der Wettbewerb soll die bestmögliche Gewichtung und Kombination auswerfen. Nur so kann projektbezogen jeweils die funktionsgerechteste Lösung ermittelt werden.

In der Leistungsbeschreibung sind in jedem Fall für das Bauwerk die technischen Regelwerke (ZTVen) und die sonstigen technischen Richtlinien als Mindestanforderungen vorzugeben. Ein Angebot, das den Mindeststandard nicht erfüllt, kann nicht berücksichtigt werden und ist zwingend auszuschneiden. Soweit Abweichungen von den Richtlinien zulässig sein sollen, müssen die Mindestbedingungen in der Leistungsbeschreibung festgelegt werden, die bei Abweichung von den Richtlinien einzuhalten sind. In diesem Fall ist darzustellen, in welchen Bereichen Abweichungen von den Richtlinien und Regelwerken zugelassen werden und wie die Gleichwertigkeit nachzuweisen ist.

4.8.3 Beantwortung von Nachfragen

Es ist damit zu rechnen, dass die zur Abgabe eines Angebots aufgeforderten Bewerber zu den übersandten Vergabeunterlagen sowie Form und Inhalt des Angebots zahlreiche Nachfragen haben werden. Diese Fragen müssen ebenso wie im Teilnahmewettbewerb schriftlich zusammengefasst, beantwortet und Fragen und Antworten im Interesse der Transparenz sodann allen Bewerbern übersandt werden.

Im Hinblick darauf werden die Bewerber aufgefordert, die Anfragen (auch) per E-Mail an die Vergabestelle zu richten. Wir empfehlen, hierzu ein tabellarisches Formular vorzugeben und die Abfassung der Fragen in anonymisierter Form zu verlangen. Dies erleichtert und beschleunigt die Abläufe im Interesse aller.

4.9 Verhandlungsphase

Die VOB enthält keine unmittelbaren Vorschriften darüber, wie die Verhandlungen vonstatten zu gehen haben, mit wem in welcher Reihenfolge, wie lange, worüber wie zu verhandeln ist. Es gibt auch keine Beschränkungen hinsichtlich des Verhandlungsgegenstandes, der Verhandlungsdauer und der Verhandlungsmethode⁹⁰. Trotz des Fehlens von Vorschriften zur Ausgestaltung der Verhandlungen wäre die Annahme falsch, dass die Verhandlungsphase ein rechtsfreier Raum ist, der nach dem Belieben des Auftraggebers ausgestaltet werden kann.

⁹⁰ Vgl. nur Willenbruch, NZBau 2003, 422, 424.

Auch im Verhandlungsverfahren sind die nachfolgend beschriebenen vergaberechtlichen Maßgaben zu beachten.

4.9.1 Vergaberechtliche Maßgaben

Auf Grund des Wettbewerbsgrundsatzes (§ 97 Abs. 1 GWB) und der Verpflichtung des Auftraggebers, alle Teilnehmer gleich zu behandeln (§ 97 Abs. 2 GWB), müssen mit allen Bietern (= Bewerbern, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden sind) ernsthafte Verhandlungen aufgenommen werden. Nur in seltenen Ausnahmefällen ist es zulässig, die Verhandlungen auf einen Bieter zu beschränken⁹¹. Die Verhandlungen müssen transparent gestaltet sein (§ 97 Abs. 1 GWB). Dies bedeutet, dass die Verhandlungen so strukturiert sein müssen, dass alle Bieter zu jedem Zeitpunkt darüber unterrichtet sein müssen, in welchem Stand das Verfahren sich befindet, welcher Zeitrahmen gilt und welche Fristen zu beachten sind. Die Bieter müssen auch darüber informiert sein, was Gegenstand der jeweiligen Verhandlungsrunde ist. Aufgrund des Transparenzgebots hat der Auftraggeber die Bieter regelmäßig über den Ablauf der Verhandlungen zu unterrichten. An einen den Bietern bekannt gegebenen Termin- und Fristenplan ist der Auftraggeber grundsätzlich gebunden⁹².

Sofern sachliche Gründe dafür vorliegen, ist es zulässig, dass der Auftraggeber von seinem Termin- und Fristenplan abweicht, vorausgesetzt, dass es dadurch nicht zu einer verfahrensmäßigen Benachteiligung einzelner Bieter kommt und die Änderungen in transparenter Form erfolgen. In der Praxis empfiehlt es sich, nach Möglichkeit in solchen Fällen eine einvernehmliche Verständigung mit sämtlichen Bietern herbeizuführen. Im Fall von Änderungen, Ergänzungen und/oder Abweichungen sind alle Bieter hierüber unverzüglich schriftlich zu informieren. Anfragen einzelner Bieter zu Einzelheiten der Bewerbungsbedingung sind ebenfalls nur schriftlich zuzulassen und im Rahmen von schriftlichen Stellungnahmen an alle Bieter zu beantworten.

4.9.2 Grundstrukturen des Verhandlungsverfahrens

Zwar ist der Auftraggeber verpflichtet, mit sämtlichen Bietern ernsthafte Verhandlungen aufzunehmen. Doch bedeutet dies nicht, dass mit sämtlichen Bietern bis zum Abschluss des Verhandlungsverfahrens verhandelt werden muss. In der Praxis ist es durchaus **üblich**, den **Bieterkreis** im Rahmen der Verhandlungen **sukzessive zu reduzieren**. Es ist grundsätzlich zulässig, die Verhandlungen auf eine Spitzengruppe von Bietern zu konzentrieren. Es ist auch grundsätzlich zulässig, nach Abschichtung der Angebote allein mit einem **bevorzugten Bieter** (*Preferred Bidder*) über die Vergabe der Konzession zu verhandeln⁹³.

Es ist daher zulässig, die Verhandlung so zu gestalten, dass im Rahmen der Verhandlungen der Kreis der verbleibenden Bieter von **vier auf zwei** reduziert wird. Bei der Bewertung der Angebote ist auf sachlich gerechtfertigte und objektive Kriterien abzustellen, die im Voraus festgestellt werden müssen.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass in diese Wertungsstruktur mehrere Wertungsstufen einzubauen sind. Diesen Wertungen sind jeweils Konformitätsprüfungen vorzuschalten. Unzulässige Angebote gemäß § 25 Nr. 1 VOB/A sind ebenso auszuschließen wie Angebote, die nicht den zwingenden Vorgaben der Bewerbungsbedingungen entsprechen.

Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Schritte unterteilt sich die vorgeschlagene **Verhandlungsstruktur** wie folgt:

⁹¹ Vgl. nur Willenbruch, NZBau 2003, 422, 424: „Nur bei besonderen sachlichen Gründen kann es ausreichen, die Verhandlungen auf einen Bieter zu beschränken und zum Abschluss zu bringen.“

⁹² Vergabekammer Leipzig, Beschl. v. 13.05.2002 - 1VK 27/02.

⁹³ So auch Willenbruch, NZBau 2003, 422, 424 f.

(a) Eröffnungstermin

In einem Eröffnungstermin, der für das Verhandlungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben, aber zweckmäßig ist⁹⁴, werden die Angebote geöffnet. Durch die Abhaltung von Eröffnungsterminen kann der Auftraggeber ordnungsgemäßes Verwaltungshandeln nachweisbar belegen und potenziellen Vorwürfen vorbeugen, dass Angebotspreise Wettbewerbern vor der Angebotsabgabe bekannt geworden seien⁹⁵.

Der Eröffnungstermin findet beim Verhandlungsverfahren **ohne Bieterbeteiligung** statt. Der Verhandlungsleiter eröffnet die fristgerecht eingegangenen, ungeöffneten Angebote. Die Angebote müssen in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden. Der Name des Bieters sowie der Preis und andere den Preis betreffende Angaben müssen verlesen werden. Der übrige Inhalt der Angebote muss nicht verlesen werden. Über den Eröffnungstermin ist ein Protokoll zu verfassen, das vom Verhandlungsleiter zu unterzeichnen ist. Die Angebote müssen sorgfältig verwahrt und geheim gehalten werden. Es wird festgestellt, ob die Unterlagen in den Angeboten dem Inhaltsverzeichnis entsprechen. Das Verlesen der Angebote auch ohne Bieterbeteiligung dient der Protokollierung.

(b) Konformitätsprüfung

Die vorgelegten Angebote sind auf ihre Vollständigkeit und Übereinstimmung mit den zwingenden Voraussetzungen der Bewerbungsbedingungen zu überprüfen. Eindeutig unzulässige Angebote werden ausgeschlossen.

(c) Erste Verhandlungsrunde

In einer **ersten Verhandlungsrunde zur Aufklärung** wird allen Bietern Gelegenheit gegeben, ihr Angebot und dessen Besonderheiten vorzustellen. Die Vergabestelle kann etwaige Ungereimtheiten oder Unklarheiten ausräumen lassen. Zur Strukturierung der Runde können den Bietern vorab Fragen aufgegeben werden. Die erste Verhandlungsrunde dient im Übrigen dazu, den **Verhandlungsbedarf** zu ermitteln. Haben sich etwaige Zweifel bei der ersten Konformitätsprüfung ergeben und sind diese nicht ausgeräumt oder haben sich Unzulässigkeitsgründe erst in der ersten Verhandlungsrunde ergeben, sind die betreffenden Angebote auszuschließen.

(d) Vorauswahl durch Wertung: Auswahl der bevorzugten Bieter

Die unterbreiteten Angebote sind zu bewerten. Auf der Grundlage des Wertungsergebnisses ist eine **Rangfolge der Bieter** zu erstellen. Die ersten beiden Bieter werden ausgewählt und können als bevorzugte Bieter weiter verhandeln. Die verbleibenden Bieter stehen als Reservebieter zur Verfügung, wenn die Verhandlungen mit einem oder beiden bevorzugten Bieter scheitern.

(e) Verhandlungen

Mit den bevorzugten Bietern werden Vertragsverhandlungen geführt. Je nach Gegenstand der einzelnen Verhandlungsrunden lassen sich **Planungsrunden** (insbesondere bei Ideenwettbewerb und Mischmodell), **technische Baurunden**, **kaufmännische Runden** und **rechtliche bzw. vertragliche Runden** unterscheiden. Hierdurch lässt sich die Verhandlung besser strukturieren und ist es möglich, dem Verhandlungsteam jeweils die ggf. erforderlichen Fachleute zur Seite zu stellen.

⁹⁴ Ax/Schneider/Nette, Handbuch Vergaberecht, Kap. 10, Rn. 85.

⁹⁵ Ax/Schneider/Nette, Handbuch Vergaberecht, Kap. 10, Rn. 85.

(f) Vergleichbare Angebote

Im Rahmen der Verhandlung ist stets darauf hinzuwirken, dass die Bieter letzte Angebote abgeben, die vergleichbar sind. Lässt sich eine Vergleichbarkeit nicht herstellen, legt der Konzessionsgeber der Aufforderung zum letzten Angebot den auf der Basis der bisherigen Verhandlungen bearbeiteten Vertrag zu Grunde.

(g) Aufforderung zum letzten Angebot

Die bevorzugten Bieter werden aufgefordert, ein letztes Angebot zu legen.

(h) Eröffnungstermin

Die eingegangenen Angebote werden in einem Eröffnungstermin geöffnet (näher unter (a)).

(i) Endauswahl: Auswahl des Vertragspartners

Die vorgelegten endgültigen Angebote sind erneut zu bewerten. Der Bewertung geht die Konformitätsprüfung und die Angemessenheitsprüfung nach § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A voraus.

Der Auftraggeber ist berechtigt, gegebenenfalls noch erforderliche Informationen über das Angebot einzuholen. Die Einholung der Informationen sollte schriftlich erfolgen. Mündliche und telefonische Anfragen sollten schriftlich dokumentiert werden. Informationen, die abgefragt werden dürfen, betreffen die Art der Durchführung, die Herkunft verwendeten Materials und die Angemessenheit der Preise. Diejenigen Bieter, die sich weigern, diese Informationen beizubringen, können von der Wertung ausgeschlossen werden. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass es in der Regel unstatthaft ist, im Rahmen der Aufklärungsgespräche Preisverhandlungen zu führen. Zwar gilt das Verhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A nicht für das Verhandlungsverfahren, doch sind die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung gleichwohl zu beachten⁹⁶.

(j) Zuschlagsentscheidung

Auf der Basis dieser Wertung wird der Zuschlag erteilt. Voraussetzung dafür ist die nachgewiesene Wirtschaftlichkeit, gegebenenfalls mit Hilfe des PSC.

4.9.3 Zeitplanung

Für die Zeitplanung können nur grobe Richtlinien angegeben werden, da der für die Verhandlungen notwendige Zeitraum sowohl vom jeweiligen Projekt als auch von der Verhandlungsführung abhängig ist. Denn vor Klärung der technischen und finanziellen Punkte ist es nötig, die planerischen Grundlagen des Projekts zu klären. Bei der konventionellen Planung hingegen ist es jedenfalls dann, wenn die Bauleistung in Form eines Leistungsverzeichnisses beschrieben wird, bereits frühzeitig möglich, von den Bietern die Abgabe eines Angebotes zu verlangen. Unseres Erachtens kann bei der Planung der Verhandlungsphase für die Variante Konventionelle Planung von einer **Verhandlungsdauer** von **mindestens sechs Monaten** bis zur Abgabe der finalen Angebote (BAFO) ausgegangen werden. Für den Ideenwettbewerb und das Mischmodell kann von einer längeren Verhandlungsdauer ausgegangen werden, da die Planung zusätzliche Fragen aufwirft.

4.9.4 Organisatorisches

Sämtliche Bieter müssen einen für das gesamte Vergabeverfahren verantwortlichen Ansprechpartner nebst Stellvertreter benennen, um Missverständnisse auf Grund unklarer

⁹⁶ Dähne, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 24 VOB/A, Rn. 30.

interner Zuständigkeiten auf Bieterseite zu verhindern. Auf dieses Erfordernis sollte bereits in der Vergabebekanntmachung hingewiesen werden. Es empfiehlt sich eine entsprechende Bietererklärung unterzeichnen zu lassen. Ein Muster befindet sich in den Musterunterlagen.

Die Anzahl der Teilnehmer an Verhandlungen sollte begrenzt sein. Über die Verhandlungen mit den Bietern ist eine gesonderte Niederschrift zu verfassen, die dem jeweiligen Bieter nach Erstellung mit der Bitte um Stellungnahme zuzuleiten ist. Auch sollte für die Verhandlung mit den Bietern ein für alle Bieter gleichermaßen geltender Zeitrahmen vorzusehen. Zudem ist es notwendig, die Gespräche mit den Bietern so zeitnah zu führen, dass aus unterschiedlichen Bearbeitungszeiten keine Diskriminierungsvorwürfe abgeleitet werden können.

4.9.5 Dokumentation

Da es sich beim Verhandlungsverfahren um ein nur regelungstechnisch bruchstückhaft geregeltes und durch allgemeine Verfahrensgrundsätze geprägtes Vergabeverfahren handelt, muss das Verfahren besonders umfassend dokumentiert werden (§ 30 VOB/A)⁹⁷. Für die ordnungsgemäße Dokumentation des Verhandlungsverfahrens müssen sämtliche Verfahrensschritte möglichst genau in Vergabevermerken erfasst werden. Die Dokumentation des Verhandlungsverfahrens muss es ermöglichen, im Nachhinein jeden einzelnen Verfahrensschritt nachzuvollziehen. Die Dokumentation muss ferner bestätigen, dass der Auftraggeber in Übereinstimmung mit dem von ihm vorgegebenen Verfahrensleitlinien vorgegangen ist und alle Bieter gleich behandelt hat. Sofern die Verhandlungen zum Ausscheiden einzelner Bieter geführt haben, müssen deren Ausscheiden und die hierfür maßgeblichen Gründe nachvollziehbar dokumentiert sein. Im Falle von Wertungsschritten müssen diese chronologisch und inhaltlich vollständig erfasst sein, so dass sich die einzelnen Schritte bis hin zur Vergabeentscheidung lückenlos überprüfen lassen.

4.10 Wertung

Die Wertung ist die entscheidende Phase im Verhandlungsverfahren. Denn im Rahmen der Wertung wird der Bieter ermittelt, dem der Zuschlag erteilt werden, also mit dem der Konzessionsvertrag zu Stande kommen soll.

4.10.1 Wertungsmethodik

Der Auftraggeber muss bei Wertung der Angebote anhand der Wertungskriterien, die in der Vergabebekanntmachung veröffentlicht worden sind, in nachprüfbarer Weise ermitteln, welches Angebot das wirtschaftlichste Angebot ist (§§ 32 Nr. 2, 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A). Damit dem Erfordernis einer **nachprüfbaren Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots** Genüge getan wird, ist es erforderlich, dass der Auftraggeber die Angebote anhand eines zuvor festgelegten Wertungsschemas auswertet, das auf den in der Vergabebekanntmachung veröffentlichten Wertungskriterien aufbaut (vgl. § 25a VOB/A). Bei der Erstellung des Wertungsschemas ist darauf zu achten, dass dieses praktisch handhabbar ist und das Wertungsermessen des Auftraggebers bewahrt.

Wie bereits zuvor von der Gutachtergruppe festgestellt, kann für die Wertung der Angebote kein einheitliches Wertungsschema vorgegeben werden. Denn beim Ideenwettbewerb müssen Planungsleistungen bewertet werden, während es bei der konventionellen Planung hinreichend ist, finanzielle und bautechnische Wertungskriterien zu berücksichtigen⁹⁸. Aus unserer Sicht empfiehlt es sich, der Wertung eine einfache Bewertungsmethodik zu Grunde zu legen, damit das Vergabeverfahren nicht mit unnötigen vergaberechtlichen Risiken befrachtet wird. Dabei ist neben dem für die Anschubfinanzierung veranschlagten Betrag bei der Wertung der Angebote auch die Güte des vorgelegten Finanzierungskonzepts zu werten. In einem preislichen und qualitative Kriterien abwägenden Wertungsvorgang ist das insgesamt wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Es lässt sich auch nicht vollständig vermeiden, dass die Wertung der indikativen Angebote zum Teil Prognosecharakter hat, da zu diesem Zeitpunkt die

⁹⁷ Willenbruch, NZBau 2003, 422, 425.

⁹⁸ Vgl. die Ausführungen der Gutachtergruppe, Gutachten, Teil IV, S. 90 bis 103.

Verhandlungen noch nicht abgeschlossen sind und endgültig noch keine verbindliche Finanzierung vorliegt. Dies ist vergaberechtlich auch nicht zu beanstanden, sofern die Auswahl der Bieter für die letzte Verhandlungsrunde und für die Abgabe der BAFOs zum Zeitpunkt der Wertung der Angebote aufgrund objektiver und sachlich gerechtfertigter Kriterien erfolgt. Bei der Auswahl der bevorzugten Bieter ist daher auch der Verhandlungsbedarf, der dem Vertragsschluss noch entgegensteht zu bewerten. Bei den finalen Angeboten hingegen kann eine finanzielle Wertung der Angebote verlässlich auf der Grundlage des verbindlichen Finanzierungsangebots erfolgen. Nur der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschreitet, wenn er ein vorgeschriebenes Verfahren nicht beachtet, von einem unzutreffenden oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, sachwidrige Erwägungen berücksichtigt oder die Wertungskriterien unzutreffend anwendet.

4.10.2 Wertungsverfahren

Das Wertungsverfahren besteht aus mehreren Schritten. In einem Eröffnungstermin werden die Angebote geöffnet. Gegebenenfalls werden im Anschluss daran Aufklärungsgespräche geführt, um Unklarheiten über den Inhalt der Angebote aufzuklären. Anschließend werden die Angebote bewertet.

(a) Eröffnungstermin

Die eingegangenen Angebote werden in einem Eröffnungstermin geöffnet. Dieser Termin findet beim Verhandlungsverfahren **ohne Bieterbeteiligung** statt. Der Verhandlungsleiter eröffnet die Angebote, die ungeöffnet sind und bei Öffnung des ersten Angebots vorliegen. Die Angebote müssen in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden. Der Name des Bieters sowie der Preis und andere den Preis betreffende Angaben müssen verlesen werden. Der übrige Inhalt der Angebote muss nicht verlesen werden. Es wird festgestellt, ob die Unterlagen in den Angeboten dem Inhaltsverzeichnis entsprechen. Das Verlesen der Angebote auch ohne Bieterbeteiligung dient der Protokollierung.

Über den Eröffnungstermin ist ein **Protokoll** zu verfassen, das vom Verhandlungsleiter zu unterzeichnen ist. Die Angebote müssen sorgfältig verwahrt und geheim gehalten werden (vgl. § 22 VOB/A).

(b) Aufklärung des Angebotsinhalts

Der Auftraggeber ist berechtigt, Informationen über das Angebot selbst sowie etwaige Änderungsvorschläge und Nebenangebote einzuholen. Die Einholung der Informationen sollte schriftlich erfolgen, mündliche und/oder telefonische Anfragen sollten zudem zumindest schriftlich dokumentiert werden. Informationen, die abgefragt werden dürfen, umfassen Informationen über die Art der Durchführung, die Herkunft verwendeten Materials und die Angemessenheit der Preise. Diejenigen Bieter, die sich weigern, diese Informationen beizubringen, können von der Wertung ausgeschlossen werden (§ 24 Nr. 1 und 2 VOB/A). Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass es in der Regel unstatthaft ist, im Rahmen der Aufklärungsgespräche Preisverhandlungen zu führen. Zwar gilt das Verhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/A nicht für das Verhandlungsverfahren, doch sind die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung gleichwohl zu beachten⁹⁹.

(c) Wertung der Angebote

Die Wertung der Angebote erfolgt beim Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb in **drei Schritten**. In einem ersten Wertungsschritt werden die Angebote in formeller und inhaltlicher Hinsicht geprüft. In einem zweiten Schritt ist

⁹⁹ Dähne, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 24 VOB/A, Rn. 30.

festzustellen, ob Angebote mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis abgegeben worden sind. Im dritten Schritt werden die verbleibenden Angebote miteinander verglichen und das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt¹⁰⁰. Die Eignung der Bieter wird im Rahmen der Wertung grundsätzlich nicht mehr überprüft, da sie bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs festgestellt worden ist. Zulässig ist es jedoch, bei der Wertung der Angebote Umstände zu berücksichtigen, die nach Aufforderung des Bieters zur Abgabe eines Angebots Zweifel an der Eignung des Bieters begründen (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A). Soweit dem Konzessionsnehmer erstmals neue Tatsachen bekannt werden, kann ein Bieter auch noch im Wertungsverfahren wegen fehlender Eignung ausgeschlossen werden.

(i) Formelle und inhaltliche Prüfung

Die Angebote sind auf das Vorliegen von Ausschlussgründen nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A (formelle oder inhaltliche Mängel zu überprüfen. Angebote, die nicht dem Schriftformerfordernis genügen, nicht ordnungsgemäß unterzeichnet sind, unzulässige Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten oder bei denen Zweifel über Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen bestehen, sind unzulässig und zwingend auszuschließen. Bei der Abweichung von den technischen Regelwerken und Richtlinien ist zu prüfen, ob die Abweichungen eindeutig im Angebot bezeichnet sind und die Gleichwertigkeit in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit nachgewiesen ist (vgl. § 21 Nr. 1 und 2 VOB/A). Angebote, die diesen formellen Anforderungen nicht genügen, müssen nicht weiter geprüft werden (§ 23 Nr. 1 VOB/A). Außerdem können Angebote ausgeschlossen werden, bei denen Änderungsvorschläge oder Nebenangebote nicht auf besonderer und als solcher gekennzeichnete Anlage gemacht werden (§§ 25 Nr. 1 Abs. 2, 21 Nr. 3 Satz 2 VOB/A).

(ii) Ermittlung unangemessen hoher und niedriger Angebote

Anders als bei konventionellen Ausschreibungen fehlt es bei den Betreibermodellen an einem einheitlichen Preis. Die Gegenleistung setzt sich aus der Anschubfinanzierung einerseits und der **Mautweiterleitung (A-Modell)** bzw. dem **Recht zur Erhebung der Maut (F-Modell)** andererseits zusammen. Ein Wesenselement der Konzession ist es, dass der Konzessionsnehmer das Verkehrsrisiko trägt. Daher hat die Verkehrsprognostik bei der Erstellung des Angebots und Berechnung des Preises einen großen Einfluss. Angesichts dieser Besonderheiten ist ein Preisvergleich nicht ohne weiteres möglich.

Zur Vermeidung unseriöser Angebote sollen daher die Angebote anhand der darzulegenden Angebotskosten auf ihre **Plausibilität** geprüft werden. Darüber hinaus wird dem Umstand in der Angebotswertung dadurch Rechnung getragen, dass die **Solidität** der Finanzierung geprüft und bewertet wird.

(iii) Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots

Bei der Ermittlung des **wirtschaftlich günstigsten Angebots** sind Faktoren wie ein rationeller Baubetrieb, sparsame Wirtschaftsführung und die Erwartung einwandfreier Ausführung zu berücksichtigen (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A). Entscheidend sind in diesem Zusammenhang die vom Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung mit Gewichtung bekannt gegebenen **Wertungskriterien**. Anhand eines zuvor erarbeiteten Wertungsschemas ist das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. In der Praxis erweist es sich immer wieder als schwierig, Unterschiede in der technischen Ausführung betragsmäßig zu bewerten und so das insgesamt wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. In diesem Fall ist eine **vergleichende Gesamtschau** vonnöten, um das

¹⁰⁰ Vgl. Boesen, Vergaberecht, § 101 GWB, Rn. 29.

wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Bei ansonsten gleichwertigen Angeboten entscheidet allein der Preis¹⁰¹.

Wir schlagen vor, das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Verwendung von Punktetabellen zu ermitteln, die eine Bewertung im Hinblick auf die jeweils relevanten Wertungskriterien ermöglichen. Dabei ist zwischen der Wertung im Rahmen der **Vorauswahl** und der Wertung der endgültigen Angebote (**Endauswahl**) zu unterscheiden.

Die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes setzt voraus, dass die Wirtschaftlichkeit (§ 7 BHO), idealerweise anhand des Vergleichs mit dem PSC nachgewiesen ist.

(d) Zeitliche Planung (Zuschlagsfrist)

Der Auftraggeber muss bei der Wertung berücksichtigen, dass er unter einem ganz erheblichen Zeitdruck steht. Denn der Zuschlag soll zumindest vor Ablauf der Zuschlagsfrist erteilt werden. Die Zuschlagsfrist soll regelmäßig 30 Kalendertage nicht überschreiten. Eine längere Zuschlagsfrist ist nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig, denn die Bieter sind während der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden und damit daran gehindert, ihre Ressourcen anderweitig einzusetzen (§ 19 Nr. 2 S. 2 VOB/A). Der Auftraggeber ist verpflichtet, das Ende der Zuschlagsfrist durch Angabe eines Kalendertages festzulegen. Bei der Festlegung der Zuschlagsfrist sollte auch berücksichtigt werden, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, die nicht erfolgreichen Bieter gemäß § 13 S. 2 VgV spätestens 14 Kalendertage vor Erteilung des Zuschlags über die Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren. Die Komplexität und der Umfang der Projekte können die Bemessung einer Frist über die Regelfrist von 30 Kalendertage hinaus rechtfertigen. Eine Verlängerung der Frist muss sachlich begründbar sein. .

Beim Ideenwettbewerb und beim Mischmodell sind sowohl die Verhandlung als auch die Wertung auf Grund zusätzlicher Wertungskriterien komplexer. Insofern wird in diesen Fällen im Einzelfall eine weiter gehende Ausdehnung der Zuschlagfrist sachlich begründbar sein. Zu beachten sind auch die Termine zur Einholung von Zustimmungserfordernissen.

Letztlich ist die Zuschlagsfrist projektspezifisch durch die mit der Angebotswertung befassten Personen festzulegen und konsequent umzusetzen. In jedem Fall muss die Vergabestelle die Angebotsbewertung gut vorbereiten und ein effektives Ablaufmanagement umsetzen, um nicht in unnötigen Zeitdruck zu geraten.

4.10.3 Wertungskriterien

Bei der Festlegung der Wertungskriterien genießt der Auftraggeber einen weitgehenden Ermessensspielraum. Begrenzt wird dieses Ermessen durch das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot sowie durch die Grundsätze zur rechtsfehlerfreien Ermessensausübung. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber nicht durch die Wertungskriterien ortsansässige Bieter ungerechtfertigt begünstigen darf. Des Weiteren ist es dem Auftraggeber verwehrt, seiner Wertung Kriterien zu Grunde zu legen, die er den Bietern nicht spätestens in den Vergabeunterlagen bekannt gegeben hat. Die Wertungskriterien müssen außerdem auftragsbezogen sein. § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A konkretisiert diesen Grundsatz für den Bauvertrag (und die Baukonzession), indem er beispielhaft die Kriterien „Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert“ aufzählt. Es ist Aufgabe des Auftraggebers, anhand dieser Maßstäbe die von der Gutachtergruppe unter 3.10.3 vorgeschlagenen Wertungskriterien projektspezifisch anzupassen. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber jeweils prüfen muss, ob die Wertungskriterien Technik und Anschubfinanzierung sowie deren Gewichtung den Anforderungen des jeweiligen

¹⁰¹ Dähne, in: Messerschmidt/Kapellmann (Hrsg.), VOB, § 25 VOB/A, Rn. 69.

Projekts angemessen Rechnung trägt und wie gegebenenfalls Unterkriterien für diese Hauptkriterien zu bestimmen sind. So liegt es beispielsweise für den Ideen- und Mischwettbewerb nahe, diese beiden Kriterien um das Kriterium Genehmigungsplanung und -management zu ergänzen. Eine über diese Richtlinien hinausgehende Konkretisierung der Wertungskriterien muss jeweils projektspezifisch erfolgen.

4.11 Absage- und Ankündigungsschreiben

Nachdem das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt worden ist, auf das der Auftraggeber den Zuschlag erteilen möchte, muss der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht erfolgreich sind, darüber informieren welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Den nicht erfolgreichen Bieter muss außerdem mitgeteilt werden, warum ihr Angebot nicht erfolgreich war. Durch die Begründung des Schreibens nach § 13 VgV soll es den nicht erfolgreichen Bieter ermöglicht werden, vor Erteilung des Zuschlags an den erfolgreichen Bieter zu prüfen, ob Vergaberechtsvorschriften verletzt worden sind und ein Nachprüfungsverfahren Aussicht auf Erfolg hat. Das Schreiben nach § 13 VgV muss mindestens 14 Kalendertage vor der Erteilung des Zuschlags an die nicht erfolgreichen Bieter versandt werden.

Angesichts der rechtlichen Diskussion darüber, ob es in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht steht, für die Fristberechnung auf die Versendung der Schreiben abzustellen¹⁰², empfehlen wir, die Schreiben nach § 13 VgV mit Post und Telefax zu versenden. Der Zugang des Telefax sollte noch am gleichen Tag durch Empfangsbestätigung sowie einen Kontrollanruf beim Bieter bestätigt werden und in den Vergabevermerk aufgenommen werden.

In der Praxis ist es üblich, an den Bieter, dessen Angebot als das wirtschaftlichste Angebot gewertet worden ist, ein Schreiben mit dem Inhalt zu schicken, dass beabsichtigt ist, diesem Bieter nach Ablauf der Frist des § 13 VgV den Zuschlag zu erteilen, wenn kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden ist. Ein solches rechtlich unverbindlich zu haltendes Ankündigungsschreiben zu verschicken halten wir für vergaberechtlich zulässig.

4.12 Zuschlag

Durch den Zuschlag an den erfolgreichen Bieter wird das Vergabeverfahren beendet (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Der Zuschlag darf erst dann erteilt werden, wenn die Schreiben nach § 13 VgV an sämtliche Bieter verschickt worden sind und die Frist von 14 Kalendertagen in Bezug auf sämtliche Bieter abgelaufen ist, ohne dass ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet worden ist. Ein Vertrag, der durch Erteilung des Zuschlags entgegen § 13 VgV zu Stande gekommen ist, ist nichtig. Mit der wirksamen Erteilung des Zuschlags kommt der Vertrag zwischen dem Konzessionsgeber und dem erfolgreichen Bieter zu Stande. Der Unterschrift der Vertragsparteien bedarf es grundsätzlich nicht. Eine spätere urkundliche Festlegung gemäß § 28 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A ist unschädlich, und sollte in den vorliegenden Projekten unbedingt dokumentiert werden.

Der Zuschlag sollte auf Grund der öffentlich-rechtlichen Natur des Konzessionsvertrages schriftlich erteilt werden (§ 57 VwVfG). Dazu ist eine schriftliche auf das konkrete Angebot bezogene Annahmeerklärung nötig, die dem Bieter innerhalb der Bindefrist zugeht. Gegebenenfalls kann noch ein zusätzlicher (deklaratorischer) Unterschriftstermin vereinbart werden.

¹⁰² Gutachten A-Modell, Ziffer IV.10.

Regelablauf Strukturiertes Verhandlungsverfahren

