



HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Grundlagenseminar PPP
Potenziale erkennen und umsetzen
Vergaberecht

Hamburg, 1. September 2010
Berlin, 6. September 2010

Vergabeverfahren

Ausgangsfall



Sachverhalt

Entenhausen sucht einen Auftragnehmer, der ihr ein neues Gymnasium für 1.200 Schüler errichtet und diese Schulimmobilie sodann für 20 Jahre betreibt. Hierfür stellt sie ein Grundstück zur Verfügung. Die Schule soll nach Fertigstellung und Abnahme in ihr Eigentum übergehen. Als Vergütung möchte sie monatliche Raten ab Abnahme zahlen, die sowohl die Investitionskosten als auch die Betriebskosten abdecken. Der Auftragnehmer soll verpflichtet sein, die Schule während des gesamten Vertragszeitraums in einem zuvor definierten ordnungsgemäßen Zustand zu halten und sie nach Abschluss renoviert wieder der Kommune X zur Verfügung zu stellen. Für die Finanzierung stellt die Kommune in Aussicht, dass sie nach Abnahme einen Einredeverzicht gegenüber der finanzierenden Bank erklärt.

Wie muss das Vergabeverfahren gestaltet werden?

Verfahrensphasen

- Phase 1: Vorbereitung
- Phase 2: Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb
- Phase 3: Eignungsprüfung
- Phase 4: Unterlagen für die Angebotserstellung
- Phase 5: Verhandlung
- Phase 6: Angebotswertung
- Phase 7: Zuschlagserteilung
- ÖPP-Vergabeverfahren unterscheidet sich nicht grundsätzlich von anderen komplexen Beschaffungen!

Vorbereitung der Ausschreibung

- Bedarfsdefinition
- Losaufteilung vs. Integrale Vergabe
 - Exkurs: Losaufteilungspflicht
- Festlegung der Beschreibungsart: konstruktiv vs. funktional
 - Exkurs: Beschreibungsarten über Bauleistungen
- Verfahrenswahl: statische vs. dynamische Verfahren
 - Exkurs: Verfahrensarten

Vorbereitung der Ausschreibung

- Vergabevermerk
- Exkurs: vergaberechtliche Bedeutung der Dokumentation
- Interne und externe Verfahrensordnung
- Exkurs: Integrity Pact
- Verfahrensplanung
- Übung: Verfahrensplan erstellen

Bedarfsdefinition: Was wird benötigt?

- Schulgebäude, immobilienwirtschaftlicher Betrieb
- Ort
- Umfang
- Zeitraum
- Qualität

Vergabeverfahren

PPP-Eignungstest

- Lebenszyklusansatz möglich?
- Betrieb integrierbar?
- Politischer Willen vorhanden?
- Eignung (-), wenn keine Betriebssynergien zu erzielen

Beispiel:

Errichtung einer Turnhalle auf bestehendem Schulgelände als separates PPP-Projekt

Losaufteilung

§ 97 Abs. 3 GWB:

- Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.
- Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.
- Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.

Losaufteilung

- Entscheidung über Vergabegegenstand ist der Losaufteilung vorgelagert (OLG Celle v. 26.04.2010, Az.: 13 Verg 4/10)
- Entscheidung über Losaufteilung fällt erst, wenn Vergabegegenstand bestimmt ist
 - hier: Vergabegegenstand ist integrale Planung, Errichtung, Finanzierung und Betrieb
 - Losaufteilung nicht möglich

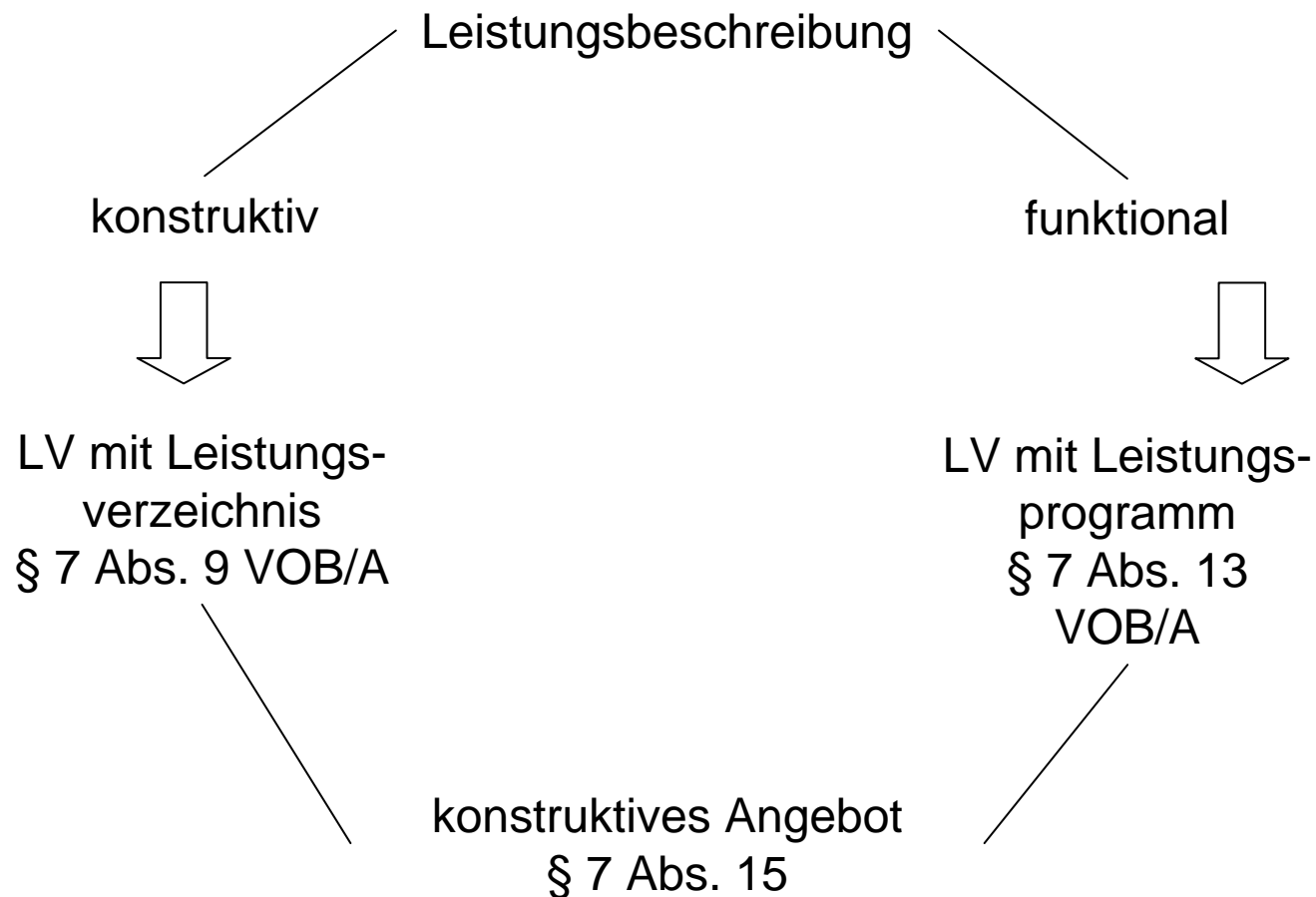
Ausschreibungspflicht von Unteraufträgen bei ÖPP

- § 97 Abs. 3 S. 3 GWB:
 - „Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist,
 - mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut,
 - verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen,
 - sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt,
 - nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.

Wer ist Dritter?

Auch Gesellschafter der Projektgesellschaft?

Beschreibungsarten der Leistung



Funktionale Leistungsbeschreibung (Outputspezifikation)

	Planung		Realisierung		Betrieb	
	Vorplanung	Ausführungsplanung	Controlling	Durchführung	Controlling	Durchführung
Auftraggeber	Ist Beschreibung Outputspezifikation		Prüfung, ob konstruktives Angebot umgesetzt wird		Prüfung und Saktionierung der Einhaltung der Service Level	
Auftragnehmer		Konstruktives Angebot		GU-Verantwortung		Alle Tätigkeiten, die für Einhaltung der SV erforderlich sind

PPP-Eignungstest

- Lebenszyklusansatz möglich?
- Betrieb integrierbar?
- Politischer Willen vorhanden?
- Eignung (-), wenn keine Betriebssynergien zu erzielen, Beispiel: Errichtung einer Turnhalle auf bestehendem Schulgelände als separates PPP-Projekt

Vergabevermerk

- Konkretisierung des Transparenzgebotes (§ 97 Abs. I GWB)
- Alle wesentlichen Entscheidungen müssen dokumentiert werden
- Besonders strenge Anforderungen an Verhandlungsverfahren
- Verfahrensbegleitende Dokumentation erforderlich
- Zeitnah, nicht nachholbar!
- Ausführliche Begründung bei jeder Abwägungsentscheidung

Grundregeln für Führung des Vergabevermerks

- Kontinuierlich durch Aktennotiz führen
- Jede Richtungsentscheidung ausführlich begründen
- Wertungsvorgänge dokumentieren
- Als Teil der Behördenakte führen
- Externe Zulieferungen möglich, Vergabestelle muss sich den Inhalt jedoch sichtbar zu Eigen machen

Verfahrenswahl (§ 101 GWB, § 3 a VOB/A)

Statische Verfahren	Flexible Verfahren
Offenes Verfahren § 101 Abs. 2 GWB	Verhandlungsverfahren § 101 Abs. ____ GWB
Nichtoffenes Verfahren § 101 Abs. 3 GWB	Wettbewerblicher Dialog § 101 Abs. 4 GWB

Hierarchie der Verfahrensarten

- Offenes Verfahren:
vorrangig „soweit nicht die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen“ (§ 3 Abs. 2 VOB/A)
- Nicht offenes Verfahren:
„wenn die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert“ (§ 3 Abs. 4 Nr. 2 VOB/A)
- Wettbewerblicher Dialog:
„wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, a) die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder b) die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben“ (§ 3 a Abs. 4 Nr. 1 VOB/A)
- Verhandlungsverfahren:
„wenn im Ausnahmefall die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zwecks Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist“ (§ 3 a Abs. 5 Nr. 3 VOB/A)

Verfahrenswahl

Nachteile des wettbewerblichen Dialogs:

- Nach Abgabe des Angebots darf nicht mehr verhandelt werden
- Know-how-Transfer muss formal genehmigt werden
- Verfahren können im Wesentlichen gleich gestaltet werden
- Streit um „Kaisers Bart“

Verfahrensordnungen

- Interne Verfahrensordnung: Verhaltens- und Kommunikationsregeln für Mitglieder der Projektgruppe
 - Kommunikation mit Bietern nur über eine zuständige Person in der Vergabestelle
 - Keine Kommunikation mit internen Dritten über das Projekt
 - Umgang mit Dokumenten und elektronischer Kommunikation

Verfahrensordnungen

- Externe Verfahrensordnung: Anforderungen an Bieter bezüglich der Kommunikation mit der Vergabestelle
 - Keine Vertriebsaktivitäten!
 - Verhaltensregeln innerhalb und außerhalb von Verhandlungsrunden
- Integrity Pact (Transparency International)
 - Einsetzung eines unabhängigen Monitors

Informationspflicht des Personalrats wegen Personalbeistellung

- Personalübergang Hausmeister geplant
- Zeitpunkt der Information des Personalrates?
 - Vor Ausschreibung
 - Nach Teilnahmewettbewerb
 - Nach Abschluss Verhandlungen
 - Nach Abschluss Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
- Vgl. z. B. § 60 NDS Pers. VG
 - Vorbereitung genügt nicht, § 64 Abs. 2 Nr. 1 NDS Pers. VG

Exkurs: Personalbeistellung

- Kein Personalübergang § 613 a BGB
- Personal bleibt bei Auftraggeber angestellt
- Personalmanagement wird Auftragnehmer übertragen
- Weisungsbefugnis bleibt bei Auftraggeber

Geheimwettbewerb vs. Transparenz in Gremien vs. Betriebsgeheimnis

Geheimwettbewerb	Transparenz gegenüber Gremien	Betriebsgeheimnis
<p>Ausdruck des Wettbewerbs- und Transparenzgebots gem. § 97 Abs. 1 GWB: Ein transparentes und wettbewerbliches Verfahren kann nur durchgeführt werden, wenn die Bieter während des Verfahrens keine Kenntnis des jeweiligen Angebotsinhalts haben.</p>	<p>Auftraggeber ist die juristische Person, bspw. eine Kommune. Ratsmitglieder sind die gesetzlichen Kontrollorgane der Kommune</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Kenntnis der Ausschreibungsdetails erforderlich, um gesetzliche Aufgabe erfüllen zu können ➤ Ggf. durch Treuhänder? 	<p>Verfassungsrechtlicher Schutz von Betriebsgeheimnissen folgt aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG (BVerfG v. 14.03.2006)</p>

➤ praktische Konkordanz der Grundsätze

Verfahrensplanung: von der Konzeption bis zum Zuschlag innerhalb eines Jahres

Januar	Vorbereitung Unterlagen Teilnahmewettbewerb
Februar	Veröffentlichung Teilnahmewettbewerb
März	Auswertung Teilnahmeanträge
April	Versendung Vergabeunterlage
Mai	Beantwortung Bieterfragen
Juni	Auswertung indikativer Angebote
Juli	Verhandlungen
August	Verhandlungen
September	Konsolidierung Vergabeunterlagen
Oktober	Letztverbindliche Angebote
November	Auswertung letztverbindlicher Angebote und Gremienentscheidung
Dezember	Zuschlag

Veröffentlichung des Teilnahmewettbewerbs

- Registrierung erforderlich: <http://simap.europa.eu/e-notices>
- Einschlägiges Formular: Bekanntmachung
 - Information über Auftraggeber
 - Information über Projekt
 - Geschätzter Auftragswert
 - Eignungskriterien
 - Verfahrensart
 - Einreichungsfrist
 - Zuständige Nachprüfungskammer

Unterlage für Bewerber im Teilnahmewettbewerb

- Zweck:
 - Ergänzende Informationen für Bewerber
 - Bereitstellung von Formularen
 - Registrierung der Bewerber, falls Änderungen erforderlich sind
- Formulare für Eigenerklärungen
 - Für Nachunternehmer
 - Für Mitglieder von Bietergemeinschaften
- Ohne konkrete Vorgaben in Formularen entstehen häufig Missverständnisse und die Auswertung wird erschwert

Exkurs: Recht zur Aufhebung der Ausschreibung

- Häufig im politischen Prozess gestellte Frage
- Unumkehrbarkeit der Ausschreibung nach Beginn?
- Vergaberechtliche Grundregel: Auftraggeber darf jederzeit aufheben (§ 17 VOB/A 2009)
- Möglicherweise Schadenersatzanspruch für vergebliche Aufwendungen im Angebotsprozess
- Bei Aufhebung im Teilnahmewettbewerb keine Schadenersatzansprüche zu erwarten

Vorgaben für Auswahl der Teilnahmeanträge

- Anzahl der Teilnehmer: 3 bis 5
 - Begründung: keine weitere Selektion im Verhandlungsverfahren bis zum Zuschlag
- Eignungsnachweise durch Eigenerklärungen gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 2 S. 3 VOB/A 2010
- Referenzen für Erstellung und Betrieb
 - (falls Schulbau: spezifisch zu fordern)

Unterlage zur Erstellung des Teilnahmeantrags

- Versendung an registrierte Teilnehmer
- Erläuterung des Verfahrens
- Zeitplan
- Compliance Regeln
- Formulare für Eignungsnachweise

Vorgaben für Auswahl der Teilnahmeanträge

- Vorgaben für Eignungsnachweise benannter Nachunternehmer
 - (falls Betriebsdienstleister in Nachunternehmerschaft zu GU für Errichtung)
- Vorgaben für Eignungsnachweise bei Bietergemeinschaften (Rechtsprechung: komplementäre Nachweise müssen ausreichen außer Zuverlässigkeit)
- Nachforderung von fehlenden Eignungsnachweisen erforderlich (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)

Exkurs: Recht zur Aufhebung der Ausschreibung

- Häufig im politischen Prozess gestellte Fragen:
 - Unumkehrbarkeit des Prozesses nach Beginn der Ausschreibung?
- Vergaberechtliche Grundregel:
Auftraggeber darf jederzeit aufheben (§ 17 VOB/A 2009)
- Möglicherweise Schadenersatzanspruch für vergebliche Aufwendungen für Bewerbungsprozess

Exkurs: Mehrfachbeteiligung von Banken

- ÖPP-Auftragnehmer finanzieren die Errichtung selbst und stellen nur Betriebsentgelte in Rechnung
- Finanzierung muss im Verfahren nachgewiesen werden
- Banken stellen Finanzierung nur bereit, wenn sie das Projekt geprüft haben
- Der Kreis der ÖPP-finanzierenden Banken ist überschaubar

Einbindungsformen für Banken in ÖPP-Projekte

- Mitglied von Bietergemeinschaften
- Beteiligung an Projektgesellschaft
- Nachunternehmer (Kreditvertrag mit Projektgesellschaft) (Regelfall)

Stellung der Bank im ÖPP-Vergabeverfahren

- Beteiligung der Bank in der gesamten Angebotsphase, um spätere Reibungsverluste durch neue Risikoänderungen in den Verträgen durch Bank-Forderungen zu vermeiden
- Einsicht in sämtliche Angebotsunterlagen
- „Die Bank weiß alles“
- Eine Bank unterbreitet häufig mehreren Bietern ein Finanzierungsangebot für dasselbe Verfahren

Bisherige Rechtsprechung zur Mehrfachbeteiligung

- Geheimwettbewerb wird als vergaberechtlicher Grundsatz aus dem Wettbewerbsprinzip gem. § 97 Abs. 1 GWB hergeleitet:
 - OLG Düsseldorf v. 22.02.2006, Az.: VII Verg 2/06
- Für die Verletzung des Geheimwettbewerbs genügt es, wenn ein Bieter das Angebot eines anderen Bieters kennt:
 - OLG Düsseldorf v. 13.09.3004, Az.: VI w (Kart) 24/04

Zur Mehrfachbeteiligung auf Nachunternehmerebene vgl. auch Dirksen/Schellenberg, Vergaberecht 2009, S. 17 ff.

EuGH, Urteil v. 19.05.2009, Az.: C-538/07 - Assitur

- Ausschreibung über Postdienstleistungen in Mailand
- SDA und Poste Italiane sollten ausgeschlossen werden, da sie verbundene Unternehmen sind
- EuGH:
 - Ein absolutes Teilnahmeverbot verbundener Unternehmen ist mit dem Wettbewerbsgrundsatz unvereinbar
 - Die Vergabestelle darf Unternehmen nur dann vom Verfahren ausschließen, wenn eine Prüfung ergibt, dass sich das Abhängigkeitsverhältnis unlauter auf das Verfahren und den Wettbewerb auswirkt

EuGH, Urteil v. 23.12.2009, Az.: C-376/08 - Serratoni

- Bauausschreibung in Mailand
- Zwei Unternehmen sollten ausgeschlossen werden, weil sie beide einem „Festen Konsortium“ nach italienischem Recht angehören
- „Festes Konsortium“ hat eigenes Angebot gelegt
- Mitglied des „Festen Konsortiums“ hat ebenfalls eigenes Angebot gelegt
- EuGH:
 - Ausschluss unzulässig, wenn unabhängig davon, ob das „feste Konsortium“ auch im Namen des weiteren Bieters anbietet
 - Abstimmung zwischen den Bietern muss nachgewiesen sein

Konsequenz für die Mehrfachbeteiligung von Banken in ÖPP-Verfahren auf Unterauftragnehmerebene

- Kein automatisches Verbot/Ausschluss zulässig
- Bank muss verhindern, dass Kenntnisnahme bei Bietern eintritt:
 - Vertraulichkeitsvereinbarung
 - Bankgeheimnis gilt ohnehin
 - Trennung der Sachbearbeiter
(z.B. bei Europäischer Investitionsbank üblich)

Änderung der Bietergemeinschaft bei ÖPP-Verfahren

- Ausgangslage:
 - Verfahren zur Umsetzung einer ÖPP dauern idR ca. 1 Jahr
 - Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft ist nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs nicht zulässig
 - Ausnahmen:

Insolvenz eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft nach Abgabe Teilnahmeantrag

OLG Celle v. 05.09.2007, Az.: 13 Verg 9/07

Bietergemeinschaft



- B fällt nach Angebotsabgabe in die Insolvenz
- Daraufhin schließt die Auftraggeberin das Angebot der Bietergemeinschaft mit der Begründung aus, durch die Insolvenz eines ihrer Mitglieder habe sich ihre Zusammensetzung und damit auch ihr Angebot geändert

OLG Celle v. 05.09.2007, Az.: 13 Verg 9/07

- Das Angebot der Bietergemeinschaft darf nicht ausgeschlossen werden:
 - Zwar sind Änderungen in der Person des Bieters grundsätzlich auch als Angebotsänderung zu behandeln.
 - Die Bietergemeinschaft ist jedoch eine teilrechtsfähige (Außen-) GbR. Das Ausscheiden eines Mitglieds ändert daher nicht die Identität des Bieters und mithin auch nicht ein zuvor abgegebenes Angebot.
 - Das Ausscheiden eines Mitglieds macht lediglich eine neuerliche Eignungsprüfung erforderlich.

Wechsel eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft

OLG Celle v. 13.12.2009, Az.: 13 Verg 14/09

- Sachverhalt:
 - Ausschreibung von Leitstellentechnik
 - Bietergemeinschaft mit zwei Mitgliedern
 - Ein Mitglied GmbH & Co. OHG wird liquidiert
 - letzter Gesellschafter tritt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Bietergemeinschaft ein
- Entscheidung:
 - Kein Ausschluß zulässig, da Bietergemeinschaft als GbR nicht erlischt sondern fort besteht

Rechtscharakter indikativer Angebote

- Vergaberechtlich nicht bindend, sondern ausschließlich zur Vorbereitung der Verhandlungen
- Keine Wertung der indikativen Angebote im vergaberechtlichen Sinne
- Keine Reduktion des Bieterkreises aufgrund indikativer Angebote
- Grund: Vermeidung von Nachprüfungsverfahren und aufwendiger Bewertung
- Hinweis: HKLW-Methode nicht durchgängig üblich
- Alternative: preferred bidder-Verfahren

Organisation des Verhandlungsprozesses

- Übersendung Verhandlungsplan
- Gliederung in unterschiedliche Fachgruppen
- Themenplanung
- Übersendung der auf der Basis indikativer Angebote überarbeiteten Vergabeunterlagen vor Verhandlungsbeginn (rechtzeitig!)

Exkurs: Optionales Verhandlungsverfahren

- Bei weitgehender Planung mit überschaubaren funktionalen Spielräumen
- Ankündigung in Unterlagen für den Teilnahmeantrag, dass auf Verhandlungsphase verzichtet werden kann
- Nach indikativem Angebot: direkte Abforderung der letztverbindlichen Angebote
- Vergaberechtlich zulässig: VK Bund v. 29.07.2008, VK 1-81/08

Parallelverhandlung vs. Preferred-bidder

- Vorteil Parallelverhandlungen:
Entgegennahme von Vorschlägen statt Verhandlung in „Geben und Nehmen“
- Nachteil Parallelverhandlungen:
Konsolidierung und Abgleich mit mehreren Bietern
- Maximal 3 Bieter in Parallelverhandlungen sinnvoll
- Erfahrung:
Parallelverhandlungen sind schneller und effizienter als Preferred-Bidder-Verhandlungen

Letztverbindliche Angebote und Wertung

- Auf Basis modifizierter Vergabeunterlagen
- Keine Nebenangebote zugelassen
- Finanzierungsangebot bezüglich Referenzzinssatz enthält Öffnungsklausel

Wertung

- Wertungskriterien müssen in den Vergabeunterlagen bei Versendung der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote genannt werden
- Ebenfalls erforderlich: Gewichtung der Wertungskriterien
- Auch Unterkriterien müssen veröffentlicht werden
- Im Verhandlungsverfahren können bei Änderung der Leistungsbeschreibung und des Vertrages Wertungskriterien angepasst werden
- Vor Aufforderung zur Abgabe BAFO: vollständige Übersendung der Vergabeunterlagen einschließlich Wertungskriterien

Durchführung der Wertung

- Wertungsgremium bilden
- Wertung in Punkten
- Begründung der Punktvergabe durch Fließtexte erforderlich
- Vorsicht Falle: Vorgabe von Fließtexten durch die Vergabestelle für Mitglieder der Wertungsgruppen können als nicht veröffentlichte Unterkriterien beanstandet werden!
- Daher: keine Wertungstexte vorschlagen!
- Vorsicht: Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vermeiden!

Haushaltsrechtliche Anforderungen an den Wirtschaftlichkeitsvergleich

- § 7 Abs. 2 BHO: muss wirtschaftlicher sein als Eigenerstellung!
- Grundsätze des Leitfadens des Finanzministeriums K 2006 beachten

Zuschlag

- Mitteilung gemäß § 101 a GWB:
 - 10 Tage Frist bei elektronischer Übermittlung
 - 15 Tage Frist bei schriftlicher Mitteilung
 - Tag der Absendung zählt nicht
- Zuschlag = Annahme des Angebots
- Keine separate Urkunde mehr vorgesehen
- § 29 VOB/A ist entfallen
- Aufklärungsgespräche gemäß § 15 VOB/A
 - Keine Verhandlungen über Angebotsinhalt
 - Aber: Verhandlungsverfahren kann wieder eröffnet werden, wenn entsprechender Vorbehalt in den Vergabeunterlagen angekündigt wurde