

Rechtliche und praktische Hinweise für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen

April 2009

Diese Handreichung wurde im Auftrag der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen erstellt durch

Professor Dr. iur. Martin Burgi

Dipl. Jurist Markus Segeth (Wiss. Mitarbeiter)

Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht

Ruhr-Universität Bochum

GC 8/155

44780 Bochum

Tel.: +49-(0)234-3225275

Fax.: +49-(0)234-3214282

E-Mail: ls.burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de

Ansprechpartner der PPP-Task Force im Finanzministerium Nordrhein-Westfalen

Regine Unbehauen

Tel.: +49-(0)211-4972-2544

Fax: +49-(0)211-4972-2596

E-Mail: regine.unbehauen@fm.nrw.de

Regina Cablitz

Tel.: +49-(0)211-4972-2220

Fax: +49-(0)211-4972-2596

E-Mail: regina.cablitz@fm.nrw.de

A.	Vorwort.....	1
B.	Abkürzungsverzeichnis	2
1.	Aufgabe und Aufbau der Handreichung	5
2.	Vorbereitung des Vergabeverfahrens für ÖPP-Beratungsleistungen	6
2.1.	Zuschnitt der ÖPP-Beratungsleistungen.....	8
2.2.	Anwendbarkeit des Vergaberechts	10
2.2.1.	Öffentlicher Auftrag.....	11
2.2.2.	EU-Schwellenwerte	12
2.2.3.	Vergaberechtsrelevanz von Vertragsänderungen oder Vertragsverlängerungen.....	14
2.3.	Entscheidung über die anzuwendende Verdingungsordnung.....	15
2.3.1.	Das Merkmal der Freiberuflichkeit	15
2.3.1.1.	Im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit	15
2.3.1.2.	Oder: Im Wettbewerb zu freiberuflich Tätigen.....	16
2.3.2.	Nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar.....	16
2.4	Vorrangige und nachrangige Dienstleistungen	17
2.5.	Aufgabenbeschreibung.....	19
2.5.1.	Anforderungen an die Aufgabenbeschreibung (§ 8 VOF).....	19
2.5.2.	Anforderungen an die Beschreibung des ÖPP-Projekts	20
2.5.3.	Anforderungen an den Inhalt der Aufgabenbeschreibung der wirtschaftlichen und technischen Beratung	21
2.5.4.	Anforderungen an den Inhalt der Aufgabenbeschreibung der juristischen Beratung.....	22
2.5.5.	Sonstige notwendige Angaben	23
2.5.6.	Sicherung des geistigen Eigentums.....	24
3.	Losweise Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen.....	25
3.1.	Zulässigkeit von sog. Parallelausschreibungen	27
3.2.	Umgang mit Doppelbeteiligungen.....	28
4.	Eignungskriterien	28
4.1.	Mindestanforderungen und Nachweise	29
4.1.1.	Fachkunde	30
4.1.1.1.	Mindestanforderungen.....	31

4.1.1.2.	Nachweise	34
4.1.2.	Leistungsfähigkeit.....	36
4.1.2.1.	Mindestanforderungen.....	36
4.1.2.1.1.	Wirtschaftlich-finanziell	36
4.1.2.1.2.	Fachlich-technisch	37
4.1.2.2.	Nachweise	38
4.1.2.2.1.	Wirtschaftlich-finanziell	38
4.1.2.2.2.	Fachlich-technisch	39
4.1.3.	Zuverlässigkeit.....	40
4.1.3.1.	Mindestanforderungen.....	40
4.1.3.2.	Nachweise	42
4.2.	Weitere Funktion der Eignungskriterien.....	42
5.	Zuschlagskriterien und Gewichtung.....	45
5.1.	Berücksichtigung von personenbezogenen Kriterien bei der Zuschlagserteilung.....	45
5.2.	Beurteilungsspielraum	46
5.3.	Zuschlagskriterien.....	48
5.3.1.	Qualität	48
5.3.2.	Preis/Honorar.....	51
5.4.	Gewichtung.....	52
5.5.	Umgang mit Unterkriterien	53
6.	Struktur des Vergabeverfahrens für die Vergabe von ÖPP- Beratungsleistungen	54
6.1.	Das Verhandlungsverfahren	54
6.2.	Verfahrensfristen für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen.....	55
6.3.	Bekanntmachung.....	58
7.	Neutralitätssicherung.....	60
7.1.	Unabhängigkeit der Leistungserbringung	60
7.2.	Ausschluss voreingenommener Personen (§ 16 VgV)	62
7.3.	Projektantenproblematik	62
8.	Teilnahmewettbewerb (§ 10 VOF).....	64
8.1.	Allgemein.....	64
8.2.	Auswahl einer begrenzten Anzahl von Bewerbern	64
8.3.	Prüfung der Teilnahmeanträge	65

8.4	Umgang mit Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaften	66
8.5.	Mitteilung an ausgeschiedene Bewerber	66
9.	Verhandlungsverlauf	67
9.1.	Allgemein	67
9.2.	Gestaltungsmöglichkeiten.....	67
10.	Wertung der Angebote	69
10.1.	Formale Wertung der Angebote.....	69
10.2.	Materielle Wertung der Angebote	71
11.	Abschluss des Verhandlungsverfahrens	72
11.1.	Vorabinformation (§ 13 VgV)	72
11.2.	Mitteilung über vergebene Aufträge (§ 17 VOF)	72
11.3.	Vergabevermerk (§ 18 VOF).....	73
12.	Hinweise zum vergaberechtlichen Rechtsschutz	74
13.	Formulierungsbeispiele	76
13.1.	Formulierungsbeispiel: Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb.....	76
13.2.	Formulierungsbeispiel: Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln im Verhandlungsverfahren	91

A. Vorwort

Die vorliegende Handreichung soll allen öffentlichen Auftraggebern, die auf externen Sachverstand bei der Realisierung eines ÖPP-Projektes (Öffentlich-Private Partnerschaften) zurückgreifen möchten, eine Unterstützung sein. Sie bildet den gesamten Verfahrensablauf einer europaweiten Ausschreibung (mit Teilnahmewettbewerb und anschließendem Verhandlungsverfahren) von ÖPP-Beratungsleistungen ab und behandelt intensiv die vergaberechtlichen Anforderungen an die sog. Aufgabenbeschreibung, die Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Für die Vergabe von ÖPP-Beratungsaufträgen, die z.B. aufgrund ihres Volumens nicht unter das europäische Vergaberechtsregime fallen, gelten die Ausführungen nicht. Allerdings wird eine Vielzahl der in dieser Handreichung angesprochenen Rechtsfragen ebenso bei nationalen Ausschreibungen auftauchen. Daher können die folgenden Ausführungen auch eine wertvolle Orientierung für solche Verfahren sein.

Umfangreiche Formulierungsbeispiele für die relevantesten Unterlagen in einem Verfahren zur Beschaffung von ÖPP-Beratungsleistungen ergänzen die Handreichung und zeigen exemplarisch, wie die dargestellten vergaberechtlichen Anforderungen umgesetzt werden können. Andere Vorgehensweisen bei der Beschaffung von externem Sachverstand sind daher durchaus möglich.



Prof. iur. Martin Burgi

(Ruhr-Universität Bochum)



Regine Unbehauen

(PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen)

B. Abkürzungsverzeichnis

Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DIN	Deutsche Industrienorm
EG	Europäische Gemeinschaft/en
EN	Europäische Norm
ESTG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuRAG	Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland
EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende Seite, folgender Paragraph
ff.	folgende Seiten, folgende Paragraphen
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung/en
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung/en

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
HS	Halbsatz
Inkl.	inklusive
ISO	International Organization for Standardization
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LHO	Landeshaushaltsordnung
lit.	litera
Nr.	Nummer
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.g.	oben genannten
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaften (= PPP)
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PSC	Public Sector Comparator
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Seite
Slg.	(Amtliche) Sammlung
sog.	sogenannt/e/er/en
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom
verb. Rs.	Verbundene Rechtssache

VergabeR	Vergaberecht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht

1. Aufgabe und Aufbau der Handreichung

Immer mehr Kommunen, Landkreise und andere staatliche Träger entscheiden sich zur Durchführung von ÖPP-Projekten, um ihre Aufgaben auch angesichts knapper Haushaltskassen erfüllen zu können. Die Komplexität dieser Projekte erreicht jedoch oft ein solches Ausmaß, dass sich die Leitungsorgane gezwungen sehen, auf externen Sachverstand zurückzugreifen. Diese Ausgangslage führt dazu, dass die öffentlichen Auftraggeber bereits sehr früh vor der Herausforderung stehen, in rechtmäßiger Weise den oder die für sie besten Berater auszuwählen und zu beauftragen.¹ Diese Handreichung stellt die vergaberechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Beratungsleistungen im Zusammenhang mit ÖPP-Projekten dar. Dabei wird der Versuch unternommen, den Beschaffungsprozess aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers zu strukturieren. Aus diesem Grund werden die Vorbereitung und Konzeption des Beratungsgegenstandes, sowie die Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien in den Vordergrund gestellt. Diese Parameter müssen feststehen, bevor das Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung eingeleitet werden kann. Die Vergabestelle muss vor der Veröffentlichung der europaweiten Bekanntmachung den gesamten Vergabeprozess gedanklich bereits vorweg nehmen.²

Um die Praxistauglichkeit dieser Handreichung zu erhöhen und eine ausgewogene Beschaffung von Beratungsleistungen zu gewährleisten, wurden mit einzelnen Praktikern, sowohl von der Auftraggeber- als auch von der Auftragnehmerseite, Interviews geführt. Hierfür sei allen Gesprächspartnern nochmals herzlich gedankt!³ Erkenntnisse die sich explizit aus den geführten Interviews ergeben, sind jeweils am Rand mit einem Ausrufezeichen kenntlich gemacht.

Selbstverständlich muss diese Handreichung im Einzelfall an die vor Ort gegebenen Umstände und Beschaffungsnotwendigkeiten angepasst und ggf. spezifiziert werden.

¹ Dabei treten immer wieder vergaberechtliche Fragen auf, die zunächst in einem Workshop der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen in Zusammenarbeit mit der Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht der Ruhr-Universität Bochum am 5.3.2007 zusammen getragen worden sind. Der Workshop gab den Anstoß zur Erstellung dieser Handreichung.

² Bei allgemeinen vergaberechtlichen Fragen, die keinen beratungsspezifischen Bezug aufweisen, wird aus Praktikabilitätsgründen auf den bereits veröffentlichten gemeinsamen Leitfaden der Bundes PPP Task Force im BMVBS und der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen „PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden“ verwiesen. Vgl. PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de.

³ Herr Dipl.-Ing., M.Sc. *Michael Frank*, Alfen Consult GmbH, Weimar; Frau *Sigrid Haag*, Rechtsamtsleiterin Stadt Witten; Herr Rechtsanwalt Dr. *Friedrich Ludwig Hausmann*, Freshfields Bruckhaus Deringer, Berlin; Frau Rechtsanwältin Dr. *Ute Jasper* und Herr Rechtsanwalt Dr. *Hans Arnold*, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf; Frau Dipl.-Wirt.-Ing. *Dana Marke*, PSPC GmbH, Bonn; Herr Rechtsanwalt *Achim Meier*, Luther Rechtsanwaltschaftsgesellschaft mbH, Essen; Herr Dipl.-Ing. *Ulrich Schneider*, Assmann Beraten + Planen GmbH, Dortmund.

Keinesfalls kann er die rechtskonforme Erstellung der Vergabeunterlagen im Einzelfall ersetzen.⁴

2. Vorbereitung des Vergabeverfahrens für ÖPP-Beratungsleistungen

Der Ablauf eines ÖPP-Projektes lässt sich grundsätzlich in fünf aufeinander folgende Phasen gliedern:⁵

Phase I: Bedarfsfeststellung und Maßnahmenidentifizierung

Phase II: Vorbereitung und Konzeption

Phase III: Ausschreibung und Vergabe

Phase IV: Implementierung und Vertragscontrolling

Phase V: ggf. Verwertung

In Phase I („Bedarfsfeststellung und Maßnahmenidentifizierung“) erfolgen die Vorarbeiten für das zu realisierende Projekt. In diesem Sinne ist zunächst eine Bestandsbeurteilung⁶ durchzuführen, in der der Handlungs- bzw. Investitionsbedarf der öffentlichen Hand festgestellt wird. Dabei erfolgen auch die Prüfung der finanziellen Realisierbarkeit und die Definition der Zielsetzung des Projekts. Schließlich erfolgt darauf aufbauend die Ermittlung einer Bandbreite von potentiellen Realisierungskonzepten (z.B. Neubau oder Sanierung bzw. Modernisierung, konventionelle oder ÖPP-Realisierung). Im Anschluss daran erfolgt in der Regel die Durchführung eines Tests im Hinblick auf die ÖPP-Eignung der ermittelten Realisierungskonzepte (sog. ÖPP-Eignungstest⁷).

Unter der Voraussetzung eines positiven Eignungstests und der Entscheidung, neben der konventionellen Realisierung auch eine ÖPP-Lösung anzustreben folgt Phase II („Vorbereitung und Konzeption“). Diese umfasst zunächst den Aufbau einer internen Projektorganisation auf Seiten der öffentlichen Hand (Sicherstellung der Beteiligung von Stellen, die rechtlich und politisch an der Entscheidung über die Durchführung des Projekts beteiligt sind; z.B. Stadtrat, Verwaltungsleitung, Ämter, ggf. Personalvertretung und Kommunalaufsicht) und die Weiterentwicklung der vorselektierten Realisierungskonzepte

⁴ VK Lüneburg, Beschluss v. 21.1.2003, Az. 203-VgK-30/2002.

⁵ Vgl. Leitfaden „Public Private Partnership. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten“, April 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 2.

⁶ Vgl. dazu „Public Private Partnership im Hochbau. Leitfaden „Bestandsbeurteilung“ der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen“, Januar 2004, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de.

⁷ Vgl. dazu Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Erste Schritte: Der ÖPP-Eignungstest“, Oktober 2004, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de.

auf der Grundlage einer vorläufigen Leistungsbeschreibung. Das Ziel der Weiterentwicklung ist die Ermittlung einer konventionellen und ÖPP-Beschaffungsvariante unter Berücksichtigung von rechtlichen (Haushalts-, Kommunal-, Steuer-, Vergabe-, Arbeits-, Gesellschafts- und Zuwendungsrecht etc.) und finanziellen Rahmenbedingungen (z.B. Entwicklung eines Finanzierungsmodells). Diese Phase endet mit der Durchführung der sog. vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (auch Beschaffungsvariantenvergleich genannt), die die Grundlage für die Entscheidung für bzw. gegen eine ÖPP-Lösung durch die politischen Entscheidungsträger (z.B. Stadtrat etc.) bildet.⁸

Im Anschluss an die positive Entscheidung, das Projekt als ÖPP-Lösung zu realisieren, folgt Phase III („Ausschreibung und Vergabe“). Deren Ziel ist die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes einer ÖPP-Lösung und die Erteilung des Zuschlages auf dieses Angebot. Voraussetzung hierfür ist eine sorgfältige Erstellung der Vergabeunterlagen (vor allem Erstellung der outputorientierten Bau-, Qualitäts-, und Ausstattungsbeschreibung, Erarbeitung und Entwicklung von Service-Levels und Reaktionszeiten etc.⁹) und eine auf die Schaffung eines intensiven Ausschreibungswettbewerbes zielende Gestaltung des Vergabeverfahrens (Erarbeitung eines Terminplans für den Verfahrenablauf, Erstellung einer Bewertungsmatrix für den Teilnahmewettbewerb, Erstellung von Bewertungskriterien für die Beurteilung der Angebote, Strukturierung des Verhandlungsverfahren etc.). Schließlich wird vor Erteilung des Zuschlages über das bevorzugte ÖPP-Angebot die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchgeführt.

Ist der Zuschlag erteilt und sind die Verträge unterschrieben, folgt Phase IV („Implementierung und Vertragscontrolling“). Diese Phase beginnt mit der Projektrealisation, also konkret mit dem Neubau oder der Sanierung und zieht sich über die gesamte Laufzeit der Durchführung des ÖPP-Vertrages (sog. Betriebsphase). Die öffentliche Hand steht in dieser Phase vor der Herausforderung des Vertragscontrollings (dieses umfasst vor allem das Controlling der Planungs- und Bauleistungen des privaten Auftragnehmers¹⁰, Bemusterungen, Mitwirkung bei Abnahme etc.) und der Leistungskontrolle, vor allem im Hinblick auf Erfolgskontrollen hinsichtlich der Zielerreichung, Wirkung und Wirtschaftlichkeit.

⁸ In der Praxis wird teilweise für das Aufgabenspektrum der Phase I und II der Begriff „Machbarkeitsstudie“ verwendet. Der genaue Bedeutungsgehalt dieses Begriffes ist nicht abschließend geklärt, weswegen seine Verwendung vor allem in der Aufgabenbeschreibung (vgl. unten 2.5.) nicht empfehlenswert erscheint.

⁹ Vgl. dazu Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Leitfaden für die Erstellung von Outputspezifikationen zur Bedarfsermittlung, Ausschreibung und vertraglichen Gestaltung am Beispiel von ÖPP-Schulprojekten“, Oktober 2003, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de; vgl. auch *Riemenschneider/Nitzsche*, in: Littwin/Schöne, ÖPP im öffentlichen Hochbau, Rn. 613ff.

¹⁰ Das Controlling der Bauphase wird auch Projektcontrolling genannt und ist von der klassischen Projektsteuerung im Baubereich zu unterscheiden.

Gegen Ende der Laufzeit des ÖPP-Vertrages (also z.B. nach 25 Jahren) beginnt Phase V („Verwertung“). Darin geht es vor allem um künftige Verwertung der Immobilie und die Durchführung einer abschließenden Erfolgskontrolle.¹¹

Die Anforderungen, die der ÖPP-Prozess an die öffentliche Hand stellt, generieren somit einen Beratungsbedarf, der grundsätzlich drei Beratungsprofessionen (Wirtschaftliche Beratung, Technische Beratung, Juristische Beratung) zugeordnet werden kann, welche zumindest partiell zusammenarbeiten müssen, um die Aufgaben der Phasen I bis V umfassend zu lösen. Insoweit stellt die Kurzdarstellung der erforderlichen Tätigkeiten der einzelnen Phasen nichts anderes dar als das potentielle Aufgabenspektrum der zu beauftragenden Berater. Darüber hinaus wird im Interesse der Sicherstellung einer adäquaten Beratung empfohlen, das Beraterteam im Sinne einer Projektsteuerung zu koordinieren, um die Zusammenarbeit der Berater zu forcieren und aufeinander abzustimmen.¹²

2.1. *Zuschnitt der ÖPP-Beratungsleistungen*

Als Folgenrecht tangiert das Vergaberecht nicht die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers ob, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang er auf externen Beratungssachverständigen für die Realisierung eines ÖPP-Projekts zurückgreifen möchte. Dabei ist das jeweilige Fachrecht (z.B. das Landes-Schulgesetz bei Schulgebäuden) zu berücksichtigen. Der Umfang der erforderlichen Beratung wird von der jeweiligen Ausgangssituation beim öffentlichen Auftraggeber beeinflusst. Existiert z.B. ein funktionierendes Liegenschaftsmanagement, dann kann die erforderliche Bestandsbeurteilung des zu sanierenden Gebäudebestandes in Phase I selbst vorgenommen werden. Damit würden sich der notwendige Beratungsumfang und damit auch die anfallenden Beratungskosten reduzieren. Umgekehrt kann es Konstellationen geben, in denen sich der Beratungsumfang der Phase I bis III erweitert. Kommt die Vergabestelle beispielsweise zur Überzeugung, dass das in Phase IV vorzunehmende Controlling der Bauphase, anders als die Durchführung der Erfolgskontrollen in der Betriebsphase, nicht selbst erbracht werden kann, dann ist es möglich, das Portfolio des technischen Beraters um diese Beratungsleistungen zu erweitern. Wichtig ist, dass die Vergabestelle sich dabei

¹¹ Vgl. Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Anleitung zur Prüfung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von ÖPP-Projekten im öffentlichen Hochbau“, April 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de.

¹² Vgl. Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeiten“, April 2005, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, S. 35.

bewusst wird, dass die Erweiterung des Beratungsumfangs mit höheren Honorarforderungen verbunden sein wird.

Nach überwiegender Einschätzung der Teilnehmer des Workshops am 5. März 2007 sollte die Entscheidung über die Einschaltung von Beratern im Hinblick auf ÖPP-spezifische Probleme bereits sehr früh erfolgen.¹³ Darüber hinaus haben sich in der Praxis verschiedene Varianten entwickelt, um Beratungsleistungen zu akquirieren. Angesichts der Möglichkeit die erforderlichen Beratungsleistungen sachlich in wirtschaftliche, technische, juristische Beratung und Projektleitung / -steuerung zu trennen, besteht für die Vergabestelle die Möglichkeit, diese jeweils separat für alle oder zumindest einige Phasen zu vergeben. Dies kann den Vorteil haben, dass unter bestimmten Umständen (Auftragswert erreicht nicht die EU-Schwellenwerte, Zuordnung der ausgeschriebenen Tätigkeit zu Anhang I B der VOF etc.) das zu beachtende vergaberechtliche Pflichtenprogramm reduziert wird.

Entschließt sich der öffentliche Auftraggeber (vergaberechtlich nicht determiniert) hingegen für die Vergabe aller Leistungen in einer einzigen Ausschreibung (Gesamtausschreibung), dann ist eine Teilung in Fachlose in Erwägung zu ziehen. Wie noch zu zeigen sein wird, liegen die Motive dafür weniger in der aus § 97 Abs. 3 GWB abzuleitenden Pflicht zur mittelstandsgerechten Auftragvergabe, sondern zumeist außerhalb des Vergaberechts. Die einzelnen Berater favorisieren oftmals eine Fachlosteilung der Beratungsleistungen, weil sie in der gemeinsamen Zusammenarbeit als Bietergemeinschaft verschiedene, teilweise gravierende Nachteile sehen. Im Workshop wurden vor allem Haftungsprobleme, steuerliche Aspekte, das Rechtsberatungsrecht und der Aspekt, dass eine gegenseitige Kontrolle der Berater untereinander bei einer losweise beschränkten Betätigung eher zu erwarten ist, als bei einer vertraglich vereinbarten Zusammenarbeit in einer Arbeitsgemeinschaft, erörtert.

Um die öffentliche Hand nicht mit dem aufgrund einer getrennten oder losweisen Erbringung der Beratungsleistungen entstehenden Koordinierungsaufwand zu belasten, wäre es möglich, die erforderlichen Projektsteuerungsleistungen des Beratereinsatzes auf einen der zu beauftragenden wirtschaftlichen, technischen oder juristischen Berater zu übertragen. Zu der Frage, welcher Berater dafür am besten geeignet ist, bestanden zwischen den Interviewpartnern unterschiedliche Auffassungen. Einigkeit bestand darin,



¹³ Eine grobe Übersicht zum Zeitpunkt und Umfang der erforderlichen Beratungsleistungen enthält der Leitfaden der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen „Public Private Partnership im Hochbau. Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeiten“. Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeiten“, April 2005, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, S. 33.

dass derjenige, der die Projektsteuerung übernimmt, neben Durchsetzungsvermögen und Eloquenz, Erfahrung auf diesem Gebiet und Übersicht über die verschiedenen Beratungsdisziplinen haben muss. Sind diese Voraussetzungen bei ihm erfüllt, dann ist es ohne weiteres möglich, dass der öffentliche Auftraggeber die Projektsteuerungsleistungen selbst erbringt. Andernfalls ist der Einsatz eines externen Projektsteuerers, zusätzlich zu dem „Dreigestirn“ denkbar. Als Vertreter der Interessen der öffentlichen Hand als Projektherr würde seine Aufgabe in der Organisation, Terminierung und Koordinierung der Beratungsleistungen liegen. Dadurch könnten die Bedenken der öffentlichen Auftraggeber hinsichtlich des Aufwands beim Vertragsmanagement bei verschiedenen Leistungserbringern (d.h. sowohl bei einer Gesamtausschreibung mit Losteilung als auch bei einer von vornherein getrennten Vergabe) verringert werden, da diese Koordinierungsleistungen vom Projektsteuerer zu übernehmen wären – allerdings um den Preis höherer Kosten.

Die Gliederung des ÖPP-Prozesses in aufeinander folgende Phasen indiziert, dass die zu beschaffenden Beratungsleistungen zeitlich voneinander getrennt werden können. Damit wäre es nicht nur möglich, die Beratungsleistungen in fachlicher, sondern auch in chronologischer Hinsicht zu trennen. Bei großen ÖPP-Projekten wäre es daher vorstellbar, die Beratungsleistungen der Phase I und II sowie Phase III und IV jeweils zusammenzulegen und Phase V zu isolieren. Vor diesem Hintergrund könnte die öffentliche Hand die drei Beratungsabschnitte entweder separat oder in Teillosten, ggf. jeweils in Kombination mit Fachlosen ausschreiben. Gegen eine chronologische Trennung der Beratungsleistungen spricht jedoch, dass die Vergabestelle in Kauf nehmen muss, dass sie u.U. in jedem Beratungsabschnitt von einem anderen Berater unterstützt wird. Sollte dieser Umstand eintreten, dann könnte es zu Inkompatibilitäten zwischen den verschiedenen Beratungsergebnissen kommen. Derartige Nachteile lassen sich durch die Vergabestelle dadurch vermeiden, dass sie eine ausschließlich fachliche Trennung der Beratungsleistungen vornimmt.

2.2. *Anwendbarkeit des Vergaberechts*

Die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber unterfällt gemäß § 97 Abs. 1 GWB dem sog. Kartellvergaberecht¹⁴, das die Umsetzung der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG darstellt.¹⁵ Davon ist auch die Vergabe

¹⁴ Teilweise wird das Kartellvergaberecht auch als GWB-Vergaberecht bezeichnet.

¹⁵ EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004, ABl. 2004, Nr. L 134, S. 114ff.

von ÖPP-Beratungsleistungen erfasst, sofern der Anwendungsbereich des Kartellvergabe-rechts eröffnet ist. Dafür ist erforderlich, dass ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GWB) einen öffentlichen Auftrag (§ 99 GWB) vergeben möchte, dessen Gesamtwert die europäischen Schwellenwerte erreicht.

Die Voraussetzungen an den Begriff des öffentlichen Auftraggebers sind bereits im Leitfaden „PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden“ erläutert worden und können auf die hier behandelte Fragestellung – die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen – ohne weiteres übertragen werden.¹⁶ Der Beratungsbedarf für ein ÖPP-Projekt entsteht in der Regel bei den typischen Initiatoren von ÖPP-Projekten: Bund, Länder und Kommunen etc. Dabei handelt es sich um sog. klassische öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 1 und Nr. 2 GWB, die der Anwendung des Kartellvergaberechts unterliegen.

2.2.1. *Öffentlicher Auftrag*

Die materiellen Anforderungen an die Legaldefinition eines öffentlichen Auftrages i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB und darauf aufbauende Differenzierung zwischen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen werden ausführlich im Vergaberechtsleitfaden „PPP im Hochbau“ erläutert.¹⁷

Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen ist jedoch zu beachten, dass diese im Unterschied zum ÖPP-Vorhaben nicht die Erbringung eines Bündels von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen erfordern, sondern homogen sind. Die mit der Ausschreibung von ÖPP-Vorhaben verbundene Problematik von gemischten Verträgen i.S.v. § 99 Abs. 6 GWB entfällt daher bei der Beauftragung von ÖPP-Beratern. Der Leistungsumfang von Beratungsaufträgen im Zusammenhang mit einem ÖPP-Projekt ist zwar vielfältig und umfasst z.B. die Entwicklung eines Sanierungskonzepts, die Entwicklung eines ÖPP-Organisations- und Finanzierungsmodells, die Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und die Durchführung des Vergabeprozesses etc, doch liegt es auf der Hand, dass es sich dabei weder um Liefer-, noch Bauaufträge, sondern um Dienstleistungsaufträge i.S.v. § 99 Abs. 4 GWB handelt.

¹⁶ Leitfaden „ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden“, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 2.1.1.

¹⁷ Leitfaden „ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden“, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 2.1.2.

2.2.2. *EU-Schwellenwerte*

Auch wenn bei der Beauftragung von ÖPP-Beratern die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftraggebers i.S.v. § 98 GWB und eines öffentlichen Auftrages i.S.v. § 99 GWB erfüllt sind, ist das Pflichtenprogramm der §§ 97 ff GWB erst zu beachten, falls der Wert des Beratungsauftrages die EU-Schwellenwerte erreicht bzw. übersteigt. Aufgrund der Qualifizierung der Beratungsleistungen als Dienstleistungen, ergeben sich die maßgeblichen EU-Schwellenwerte grundsätzlich aus § 2 Nr. 1 bis 4 VgV. Der dort gelistete Wert von 211.000 € entspricht jedoch nicht geltender Rechtslage, da gemäß EG-Verordnung 1422/2007 die Schwellenwerte für Dienstleistungsaufträge auf 206.000 € gesenkt worden sind. Eine weitere Änderung für die Jahre 2010 und 2011 ist möglich, da nach europäischen Vorgaben die EU-Schwellenwerte alle zwei Jahre an internationale Vorgaben angepasst werden sollen.

Wie sich noch sogleich zeigen wird (Ziffer 2.3.), bestimmt sich die Vergabe von Beratungsleistungen für ÖPP-Vorhaben in aller Regel nach den Vorschriften der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Die Berechnung des jeweiligen Auftragswertes durch den öffentlichen Auftraggeber richtet sich daher primär nach § 3 VOF, welcher allerdings unter Beachtung von § 3 VgV auszulegen ist.

Der öffentliche Auftraggeber hat umsichtig und sachkundig den Auftragswert zu ermitteln. Gemäß § 3 Abs. 1 VOF hat er dabei von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Beratungsleistung, ohne Berücksichtigung der Umsatzsteuer (vgl. § 2 Abs. 2 VOF), auszugehen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung ist der Tag der Bekanntmachung oder, falls eine solche nicht erforderlich ist, die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens (vgl. § 3 Abs. 10 VgV). Soweit einzelne Leistungspositionen der technischen und wirtschaftlichen Beratung unter die Leistungsbilder der HOAI fallen sollten, fordert § 3 Abs. 1 Satz 2 VOF die Vergabestelle auf, die Schätzung der voraussichtlichen Gesamtvergütung nach dieser Gebührenordnung vorzunehmen. Sind die vom jeweiligen Berater verlangten Leistungen hingegen nicht von der HOAI erfasst, dann kann eine davon unabhängige Vergütungsvereinbarung getroffen werden. Unter diesen Voraussetzungen ist für die Schätzung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 a.E. VOF die übliche Vergütung heranzuziehen.

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) ist wie die HOAI eine Gebührenordnung i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 2 VOF. Es wird jedoch im Rahmen der Berechnung des Gesamtwertes der juristischen Beratung für ein ÖPP-Projekt regelmäßig nicht heranzuziehen sein, da es sich

dabei um außergerichtliche Beratung handelt. Diese ist gemäß § 34 RVG über eine Gebührenvereinbarung zu vergüten. Vergaberechtlich bedeutet dies, dass gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 a.E. VOF für die Schätzung der juristischen Gesamtvergütung von der üblichen Vergütung auszugehen ist.

Zu dem voraussichtlichen Gesamtwert des Beratungsauftrages sind gemäß § 3 Abs. 6 VOF ggf. noch zu vereinbarende Optionsrechte zu addieren. Nichts anderes gilt für eine losweise Vergabe der Beratungsleistung, d.h. aus den jeweiligen Teilwerten ist eine Summe zu bilden (vgl. § 3 Abs. 5 VgV).

Etwas anderes gilt hingegen, falls sich die öffentliche Hand dazu entscheidet, die Beratungsleistung sachlich zu trennen und jeweils einzeln in einem eigenen Vergabeverfahren zu vergeben. In diesem Fall wären die Einzelauftragswerte nicht zu addieren und würden daher u.U. die EU-Schwellenwerte nicht erreicht. In dieser Vorgehensweise läge grundsätzlich kein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 VOF, weil die wirtschaftliche, technische und juristische Beratung derart unterschiedlich sind, dass es an „derselben freiberuflichen Leistung“ mangelt. Darüber hinaus würde in der Trennung der Beratungsleistungen in der Regel auch kein Verstoß gegen das Umgehungsverbot aus § 3 Abs. 2 VOF vorliegen, da die sachliche Trennung aufgrund der Spezialisierung der Berater einer Rechtfertigung zugänglich wäre. Nichts anderes gilt für eine chronologische Trennung der Beratungsleistungen.

Liegt der Auftragswert unterhalb der EU-Schwellenwerte, dann ist der Anwendungsbereich der VOF nicht eröffnet. Eine Anwendung der VOL/A ist aufgrund § 1 2. Spiegelstrich VOL/A regelmäßig auch nicht erforderlich, es sei denn, die Vergabestelle kann davon ausgehen, dass mit einem Angebot eines freiberuflich Tätigen nicht zu rechnen sein wird, so dass die benötigten Beratungsleistungen nur von Gewerbetreibenden erbracht werden. Unter diesen Voraussetzungen wäre die öffentliche Hand in der Lage, die Beratungsaufträge freihändig zu vergeben, da zum einen keine Verdingungsordnung anzuwenden und zum anderen auch die haushaltsrechtliche Ausnahme von der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung regelmäßig erfüllt wäre (vgl. § 55 LHO NRW und § 25 GemHVO NRW). „Freihändige Vergabe“ bedeutet aber nicht, dass sich die Beschaffungstätigkeit des Staates in einem rechtsfreien Raum bewegt. Unabhängig von der Höhe des Auftragswertes haben die Vergabestellen die Haushaltsgrundsätze der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung (z.B. § 7 LHO NRW bzw. § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW) zu beachten und die freihändige Vergabe so zu gestalten, dass den Wertungen der Grundrechte und vor allem der EG-Grundfreiheiten der Bieter Rechnung getragen wird. Die sich

daraus ergebenden konkreten Anforderungen sind jedoch noch im großen Maße unbestimmt und können in diesem Leitfaden nicht erörtert werden.¹⁸ Viele öffentliche Auftraggeber entscheiden sich daher freiwillig dazu, entweder die Regeln der VOF heranzuziehen oder sie als Orientierungspunkte für eine wettbewerbliche Gestaltung des Beraterauswahlprozesses im Rahmen einer freihändigen Vergabe zu verwenden.

2.2.3. *Vergaberechtsrelevanz von Vertragsänderungen oder Vertragsverlängerungen*

Zwischen Vertragsänderungen und Vertragsverlängerungen der abgeschlossenen ÖPP-Beratungsaufträge ist zu differenzieren. Nach den Vorstellungen der Vertragspartner sollen sie oftmals ohne erneute Anwendung des Vergaberechts vonstatten gehen. Ob diese Vorstellung jeweils zutreffend ist bzw. unter welchen Voraussetzungen von einem erneuten Beschaffungsvorgang auszugehen ist, kann nur unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls beantwortet werden; einige allgemeingültige Leitsätze lassen sich jedoch formulieren:

Die Änderung eines bestehenden Beratungsvertrages führt erst dann zu einer erneuten Ausschreibungspflicht, wenn die Änderung derart wesentlich ist, dass sie wirtschaftlich einer Neuvergabe der Leistungen entspricht. Dies wiederum soll vor allem dann der Fall sein, wenn „wesentliche Vertragsbestandteile“ (*essentialia negotii*), wie z.B. der Umfang der Beratung geändert würden. Als unwesentlich und daher nicht ausschreibungspflichtig werden dagegen solche Änderungen angesehen, die bereits im Ursprungsvertrag angelegt waren.

Wie steht es mit Vertragsverlängerungen, d. h. mit der zeitlichen Ausdehnung eines bestehenden Vertrages durch Nichtkündigung, Ausübung eines Optionsrechts oder nachträgliche Verlängerung? Auch hier ist wieder zwischen wesentlicher Vertragsänderung und vergaberechtlich neutralem Geschehensablauf zu differenzieren, und auch hier lässt sich die Antwort nur im Einzelfall geben. Grundsätzlich lässt sich aber festhalten: Vereinbaren die Parteien erst nach Ende der Vertragslaufzeit, den Vertrag fortzusetzen, so

¹⁸ Anhaltspunkte für eine EU-konforme Ausgestaltung des Verfahrens unterhalb der EU-Schwellenwerte enthält die vor kurzem veröffentlichte (rechtlich unverbindliche) „Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ (ABl. 2006, C 179/02); vgl. auch *Burgi*, *WiVerw* 2007, S. 173. Die Unsicherheiten beginnen schon damit, dass die in der Mitteilung getroffenen Aussagen nur für öffentliche Aufträge mit grenzüberschreitender Relevanz gelten. Wann diese Voraussetzung vorliegt, bleibt jedoch ungewiss. Fest steht aber nach der neueren Rechtsprechung des EuGH, dass die Kommission ihr Vorliegen beweisen muss, um eine Verletzung der Grundfreiheiten annehmen zu können (vgl. EuGH, Urteil v. 13.11.2007, Rs. C-507/03 („An Post“), Rn. 32f = NZBau 2008, S. 71 (73)).

stellt dies zweifellos eine Neuvergabe dar und ist ausschreibungspflichtig. Beruht die Vertragsfortsetzung dagegen auf der Ausübung eines Optionsrechts, welches bereits im Ausgangsvertrag enthalten war, dann werden keine neuen vertraglichen Verpflichtungen begründet; dieser Vorgang ist mithin vergaberechtlich neutral. Gleiches muss für die Nichtausübung eines Kündigungsrechts zum Ablauf der Erstlaufzeit gelten, die zur automatischen Vertragsverlängerung führt, weil andernfalls das Kündigungsrecht zu einer Kündigungspflicht mutieren würde, was im Vergaberecht jedoch keine Grundlage findet.

2.3. *Entscheidung über die anzuwendende Verdingungsordnung*

Die Zuordnung von ÖPP-Beratungsleistungen zu Dienstleistungsaufträgen hat zur Folge, dass nach der gesetzlichen Konzeption des Kartellvergaberechts für die Vergabe dieser Leistungen sowohl die VOL/A als auch die VOF als zu beachtendes Pflichtenprogramm in Frage kommen kann. Die dafür maßgeblichen Weichen stellen die Verweisungsvorschriften von § 4 und § 5 der Vergabeverordnung.

Nach den Voraussetzung von § 5 VgV soll die VOF für die „Vergabe von Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden“ und deren Lösung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, von dem staatlichen Träger herangezogen werden. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, dann ist gemäß § 4 Abs. 1 VgV der Zweite Abschnitt der VOL/A anzuwenden. Die Entscheidung über die anzuwendende Verdingungsordnung für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen ist daher jeweils im Einzelfall zu treffen und im Vergabevermerk zu dokumentieren.

2.3.1. *Das Merkmal der Freiberuflichkeit*

2.3.1.1. *Im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit*

Eine Dienstleistung wird im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht (vgl. § 5 Satz 1 VgV), wenn sie dem Leistungsportfolio eines freiberuflich Tätigen zugeordnet werden kann und die Vergabestelle aufgrund von Erfahrung in der Vergangenheit davon ausgehen kann, dass Freiberufler um den im Raum stehenden Auftrag bieten werden.¹⁹ Eine Erläuterung des Begriffes der freiberuflichen Tätigkeit fehlt in der VOF oder anderen Bestimmungen des Vergaberechts. Stattdessen verweist eine amtliche Fußnote in § 1 2.

¹⁹ Vgl. die amtlichen Erläuterungen zu § 1 2. Spiegelstrich VOL/A.

Spiegelstrich VOL/A auf § 18 Einkommensteuergesetz (EStG). Danach gelten als freiberufliche Tätigkeit, Leistungen, die im Rahmen eines sog. Katalogberufes erbracht werden. Die sachliche Differenzierung der ÖPP-Beratungsleistungen ermöglicht es, die einzelnen Beratungsarten einem der Katalogberufe zuzuordnen. Während die wirtschaftliche Beratung von beratenden Betriebs- bzw. Volkswirten aber auch Ingenieuren erbracht werden kann, wird die technische Beratung regelmäßig allein von letzteren geleistet werden können. Die juristische Beratung wird hingegen in aller Regel von Rechtsanwälten erbracht. Die Projektleitung bzw. -steuerung kann ebenfalls einer dieser Berufsgruppen zugeordnet werden. Im Ergebnis lässt sich daher sagen, dass ÖPP-Beratungsleistungen unter das Merkmal der Freiberuflichkeit fallen.

2.3.1.2. *Oder: Im Wettbewerb zu freiberuflich Tätigen*

Dieses zweite (alternative) Merkmal ist erfüllt, wenn die im Raum stehende Beratungsleistung nicht nur von freiberuflich Tätigen, wie zum Beispiel selbständigen Ingenieuren oder Rechtsanwälten, sondern auch von Kapitalgesellschaften (z.B. GmbH oder AG), die von Freiberuflern gegründet wurden, auf dem Markt angeboten wird. Die Anwendbarkeit der VOF entfällt mithin nicht dadurch, dass auf der Anbieterseite von ÖPP-Beratungsleistungen die Strukturen sehr heterogen sind und Freiberufler, Personengesellschaften (z.B. PartG, GbR) bis hin zu Kapitalgesellschaften (z.B. GmbH oder AG) um die ÖPP-Beratungsaufträge konkurrieren. Entscheidend für die Anwendung der VOF ist, dass bei der Vergabe des Beratungsauftrages davon auszugehen ist, dass sich freiberuflich Tätige und nicht ausschließlich Kapitalgesellschaften an der Ausschreibung beteiligen werden.

2.3.2. *Nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar*

Mit der Zuordnung der erforderlichen ÖPP-Beratungsleistungen zu einer freiberuflichen Tätigkeit ist der Anwendungsbereich der VOF nicht im Sinne eines Automatismus eröffnet.²⁰ Gemäß § 5 Satz 2 VgV ist neben der Freiberuflichkeit der Leistung erforderlich, dass die Lösung jener zu übertragenden Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, damit die VOF als einschlägige Verdingungsordnung heranzuziehen ist. Andernfalls wäre die Leistung nach den Vorgaben des Zweiten Abschnittes der VOL/A zu vergeben. Nach anerkannter Auffassung ist eine Leistung nicht vorab eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, falls sie nicht so genau beschrieben werden

²⁰ Saarländisches OLG, Beschluss v. 20.9.2006, Az.: 1 Verg 2/06, VergabeR 2007, S. 110 (114).

kann, um Gegenstand eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens sein zu können.²¹ Dies ist in der Regel der Fall bei Leistungen, deren Schwerpunkt in einem kreativen, geistig-schöpferischen Element liegt. Das bedeutet, dass die Erarbeitung einer Lösung zu einer Aufgabe, also das „Wie“, gerade die zu beschaffende Leistung sein muss. Kommt es dagegen dem öffentlichen Auftraggeber nur darauf an, dass der Dienstleistungserbringer in einer bestimmten Weise tätig wird, dann wird sich dies oft beschreiben lassen. In Mischfällen ist entscheidend, welcher Leistungsteil wertmäßig überwiegt – ausnahmsweise und im Einzelfall ist es zulässig, den Schwerpunkt der Leistung als Zuordnungsmerkmal heranzuziehen.

Aufgrund der Komplexität und Vielschichtigkeit von ÖPP-Projekten existieren vielfältige Varianten und Möglichkeiten, wie eine Realisierung aussehen kann. Der Gegenstand der erforderlichen wirtschaftlichen, technischen, juristischen Beratungsleistungen sowie der Projektsteuerung/ -leitung wird regelmäßig darin liegen, die verschiedenen Möglichkeiten zur Realisierung eines ÖPP-Projekts zu evaluieren und auf das konkrete Projekt zu übertragen und an die individuellen und konkreten Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers anzupassen. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass völlig neue Lösungswege erst noch durch den Berater zu erarbeiten sind. ÖPP-Beratungsleistungen erfordern daher in alle Regel eine geistig-schöpferische Leistung des Beraters, deren Inhalt und Ergebnis von der öffentlichen Hand kaum im Voraus festgelegt werden kann. Aus diesem Grund handelt es sich dabei grundsätzlich um nichtbeschreibbare Leistungen im Sinne von § 5 Satz 2 VgV, die nach dem Pflichtenprogramm der VOF zu vergeben sind.

2.4. *Vorrangige und nachrangige Dienstleistungen*

Bei der Vergabe von Dienstleistungen, wozu auch der Einkauf von ÖPP-Beratungsleistungen zählt, ist im Vergleich von Liefer- mit Bauaufträgen eine Besonderheit zu beachten. In Anlehnung an die europäischen Vorgaben differenziert der nationale Gesetzgeber in diesem Segment der Auftragsvergabe zwischen zwei verschiedenen Kategorien von Dienstleistungen, die jeweils im Anhang I Teil A und Anhang I Teil B der VOF aufgeführt sind.²² Allein die Vergabe der sog. vorrangigen (oder auch „prioritären“) Dienstleistungen nach Anhang I Teil A bestimmt sich gemäß § 2 Abs.1 Satz 1 VOF nach

²¹ OLG München, Beschluss v. 28.4.2006, Az.: Verg 06/06, VergabeR 2006, S. 914 (920); Saarländisches OLG, Beschluss v. 20.9.2006, Az.: 1 Verg 2/06, VergabeR 2007, S. 110 (114).

²² Diese Anhänge sind identisch mit ihren Pendanten auf europäischer Ebene, vgl. Anhang II B und Anhang II B der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Aufgrund der EG-Verordnung 213/2008 wurde gemäß Art. 3 die Anhänge II A und II B der Richtlinie 2004/18/EG durch Anhang VI bzw. Anhang VII der EG-Verordnung 213/2008 ersetzt. Die Anhänge der VOF sind daher im Sinne der neu formulierten Anhänge auszulegen.

dem Pflichtenprogramm der VOL/A. Beim Abschluss von Verträgen über die sog. nachrangigen (oder auch „nicht-prioritären“) Dienstleistungen i.S.v. Anhang I B sind hingegen nur § 8 Abs. 2 bis 7 (Art. 23 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie) und § 17 VOF (Art. 35 Abs. 4 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie) zu beachten (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 VOF). Das hat zur Folge, dass der Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen beispielsweise weder zwingend eine europaweite Bekanntmachung vorausgehen, noch ein Teilnahmewettbewerb vor dem Beginn der Verhandlungen durchgeführt werden muss.²³

Bezogen auf die Beauftragung von Beratern bei ÖPP-Projekten spielt die Differenzierung zwischen vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungen eine große Rolle. Sollte sich die öffentliche Hand dazu entscheiden, die Beratungsleistungen fachlich zu trennen und separat zu vergeben, dann wäre die wirtschaftliche, technische Beratung und die Projektsteuerung Kategorie 12 von Anhang I Teil A zuzuordnen, während die juristische Beratung unter Kategorie 21 Anhang I Teil B fallen würde. Das bedeutet, dass bei der Vergabe der erstgenannten Leistungen die Vergabestelle das gesamte Pflichtenprogramm der VOF anzuwenden hätte, wohingegen bei der Beschaffung von Rechtsberatungsleistungen als nachrangige Dienstleistungen allein § 8 Abs. 2 bis 7 und § 17 VOF zu beachten wären. Juristische Beratungsleistungen könnten damit grundsätzlich auch freihändig vergeben werden. In der Praxis hat sich für diese Situationen die folgende Gestaltungsoption für die Beschaffung von ÖPP-Beratungsleistungen entwickelt: Da für die Gestaltung der VOF-Ausschreibung von Beratungsleistungen selbst vielfach ebenfalls Beratungs- und somit Beschaffungsbedarf entsteht, ist es grundsätzlich vorstellbar, einen juristischen Berater mit dieser Tätigkeit und zugleich mit der juristischen Beratung im Hinblick auf das ÖPP-Projekt freihändig zu beauftragen und somit „lediglich“ die technische und/oder wirtschaftliche Beratung anderweitig (mit Unterstützung des juristischen Beraters) nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen zu beschaffen. Diese Vorgehensweise wurde in den Interviews bestätigt.

Sollte sich die öffentliche Hand hingegen dazu entscheiden, die Beratungsleistungen (sowohl nachrangige als auch vorrangige Dienstleistungen) als Gesamtpaket zu vergeben, dann ist § 2 Abs. 4 VOF zu beachten. Danach sind Aufträge deren Gegenstand Dienstleistungen sowohl des Anhang I A als des Anhang I B sind, nach den Regelungen für diejenigen Dienstleistungen zu vergeben, deren Wert anteilmäßig überwiegt. Nach

²³ Wie bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die unterhalb der EU-Schwellenwerte liegen, existiert auch bei der Beschaffung von nachrangigen Dienstleistungen kein rechtsfreier Raum. Die diesbezüglichen Ausführungen (vgl. oben Ziffer 2.2.2.) beanspruchen auch im vorliegenden Zusammenhang Geltung.

Rechtsprechung des EuGH kommt es ausschließlich auf diese quantitative Bewertung an, der beabsichtigte Hauptzweck der Leistung ist hingegen unerheblich.²⁴

2.5. Aufgabenbeschreibung

2.5.1. Anforderungen an die Aufgabenbeschreibung (§ 8 VOF)

Der Tatsache, dass der Anwendungsbereich der VOF erst dann eröffnet ist, falls die zu beschaffende freiberufliche Leistungen nicht vorab gedanklich vorweggenommen werden und daher nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, wird in § 8 VOF Rechnung getragen, indem die Vergabestelle nicht eine Leistungsbeschreibung, sondern eine „Aufgabenbeschreibung“ erstellen soll. Wie ihr Pendant in der VOL/A stellt die Aufgabenbeschreibung das Kernstück der Verdingungsunterlagen dar. Nach der gesetzlichen Konzeption soll die Aufgabenbeschreibung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 VOF erst nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbes im Rahmen der Aufforderung zu Verhandlungen den Bietern gegenüber kommuniziert werden. Es empfiehlt sich aber, diese bereits vor der öffentlichen Bekanntgabe zum Teilnahmewettbewerb zu erarbeiten, da sie den Maßstab für die Festlegung der Eignungskriterien darstellt, die in dieser Bekanntmachung den Bewerbern gegenüber mitzuteilen sind.

Die Aufgabenbeschreibung ist die Grundlage, auf der die Bieter ein erstes indikatives Angebot abgeben können, das wiederum die Voraussetzung für die Aufnahme von Verhandlungen ist. Aus diesem Grund muss in der Aufgabenbeschreibung die von den Auftragnehmern zu lösende Aufgabenstellung erläutert werden, ohne die konkrete Lösung der Aufgabe mit allen dazu erforderlichen Schritten zu beschreiben. Der öffentliche Auftraggeber ist daher darauf beschränkt, aber auch verpflichtet, das Ziel oder den Rahmen der auszuschreibenden Beratungstätigkeit anzugeben, d.h. mit funktionalen Elementen die zu lösende Aufgabe darzustellen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Vergabestelle nicht denselben Sorgfaltsmaßstab anzuwenden hat, wie bei der Anfertigung einer Leistungsbeschreibung i.S.v. § 8 VOL/A. Um den Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 GWB Rechnung zu tragen und die Chancengleichheit der Bewerber sicherzustellen, ist die Aufgabenbeschreibung mit demselben Maß an Sorgfalt zu erstellen. Nicht ohne Grund fordert § 8 Abs. 1 VOF, dass die Aufgabenbeschreibung so verfasst werden soll, „dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können.“ Das bedeutet, dass die

²⁴ EuGH, Urt. v. 14.11.2002, Rs. C-411/00 (Felix Swoboda GmbH), Slg. 2002, I-10567 (10608) = NZBau 2003, S. 52ff.

verwendeten Begriffe in der Aufgabenbeschreibung nicht missverstanden werden und keine Restbereiche der zu erfüllenden Aufgabe offen bleiben dürfen.

2.5.2. *Anforderungen an die Beschreibung des ÖPP-Projekts*

Übertragen auf die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen bedeutet dies, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Aufgabenbeschreibung den Bietern gegenüber kommunizieren muss, was für eine Beratung benötigt wird und in welcher Intensität sie erfolgen soll. Dabei ist erforderlich, dass er zunächst das zu realisierende ÖPP-Projekt selbst beschreibt. Das bedeutet freilich nicht, dass er den Beratern bereits mitteilt, auf welche Weise (Vertragsmodell, Finanzierungsmodell etc.) die ÖPP-Realisierung erfolgen soll. Wäre das möglich, dann würde die öffentliche Hand keine Beratung benötigen. Auf die Frage im Rahmen der Interviews, welche Parameter des künftigen ÖPP-Projekts aus Sicht der Berater erforderlich sind, um ein erstes Angebot abgeben zu können, antworteten die Interviewpartner sehr ausführlich. Es bestand Einigkeit darüber, dass den Beratern die Dimensionen des geplanten Vorhabens mitgeteilt werden sollten, dazu gehört z.B. die Beschreibung des oder der Objekte (z.B. Grundschule, Gymnasium, Schulzentrum, Sporthalle, Feuerwehrgerätehaus, Schwimmbad, Gemeindestraßen, Partikeltherapiezentrum etc.), die Darstellung der Projektziele (z.B. vertragsbasierte oder institutionalisierte ÖPP, Sanierung, Neubau, Modernisierung, Betrieb, ggf. mit Einschränkungen, z.B. ohne Reinigungsleistungen etc.), des Investitionsvolumens und des Zeitplans (z.B. Baubeginn, Start der Betriebsphase etc.). Wichtig sind auch Angaben über die Eigentumsverhältnisse des Grundstückes, Schadstoffbelastungen, städtebauliche bzw. architektonische Besonderheiten (z.B. Denkmalschutz), Wegeverbindungen, Absichten über Personalübertragung und Art der zu erbringenden Bauleistung (Sanierung, Modernisierung oder Neubau). Daneben sind vor allem für die wirtschaftlich-technischen Berater Angaben über verschiedene Daten, wie z.B. Raumfläche, Stockwerkanzahl, Baujahr des oder der Gebäude, Straßenkilometer und ihr Zustand etc. von Relevanz. Hilfreich sind auch Mitteilungen darüber, ob, in welcher Form (z.B. digital), Qualität (z.B. Umfang) und aus welcher Zeit Unterlagen, wie z.B. Gutachten über Sanierungsnotwendigkeiten, Schadstoffbelastung, Statik, Ausstattungsstandards, Raumprogramm, Nutzerprofil, Betriebskosten (z.B. Personal-, Energie und Verwaltungskosten) vorliegen und den Beratern zur Verfügung gestellt werden können.

Es ist zu beachten, dass die vorliegende Darstellung eine Auswahl an potentiell zu beschreibenden Parametern ist, die spätestens bei der Ausschreibung des ÖPP-Projekts

vorhanden sein müssen. Nicht immer werden alle Parameter benötigt werden und vor allem werden nicht immer alle zum Zeitpunkt der Formulierung der Aufgabenbeschreibung vorhanden sein. Dies ist jedoch nicht problematisch, da die Ermittlung und Erhebung dieser Faktoren (z.B. die Festlegung des Projektziels Neubau oder Sanierung oder die Erhebung von Gebäudebestandsdaten etc.) von den Beratern selbst übernommen werden kann. Dies erweitert freilich ihr Leistungsvolumen und erhöht damit auch die Honorarforderungen. Hieran wird deutlich, dass der Beratungsumfang in erheblicher Weise von der Ausgangssituation der öffentlichen Hand abhängt und nur im Einzelfall festgestellt werden kann.

2.5.3. *Anforderungen an den Inhalt der Aufgabenbeschreibung der wirtschaftlichen und technischen Beratung*

Sind erst einmal die Dimensionen des ÖPP-Projekts beschrieben, sollte der öffentliche Auftraggeber die von den Beratern zu lösenden Aufgaben darstellen. Daraus sollte deutlich werden, für welche Phase des ÖPP-Prozesses wirtschaftliche, technische oder juristische Beratungsleistungen benötigt werden. In der bisherigen Praxis ist insbesondere in Phase I bis III ein großer Beratungsbedarf festgestellt worden, der teilweise um das Controlling der Planung- und Bauphase des privaten Partners erweitert wird. Bei der Darstellung der in diesen Phasen zu lösenden Aufgaben ist es empfehlenswert, zwischen den Beratungsdisziplinen zu unterscheiden, wobei die wirtschaftliche und technische Beratung oft eine große Schnittmenge haben.

Bei der Beschreibung der von den wirtschaftlichen und technischen Beratern zu lösenden Aufgaben kann auf die bereits vorgenommene Darstellung der einzelnen Phasen des ÖPP-Prozesses verwiesen werden.²⁵ Dabei steht es der öffentlichen Hand frei, den Umfang der jeweils zu lösenden Aufgabe auf das benötigte Maß zu reduzieren. Ist z.B. der Handlungs- und Investitionsbedarf der öffentlichen Hand bereits durch das eigene Liegenschaftsamt in ausreichender Qualität eruiert worden, dann können die von den Beratern zu lösenden Aufgaben der Bestandsbeurteilung lediglich auf die Erstellung einer Projektdefinition begrenzt werden. Daneben kann der öffentliche Auftraggeber freilich auch zusätzliche Anforderungen an die Beratung stellen und z.B. verlangen, dass die Leistungserbringung nach Maßgabe der Leitfäden der PPP-Task Force Nordrhein-

²⁵ Vgl. oben Ziffer 2.

Westfalen erfolgt²⁶ oder die Entwicklung der ÖPP-Beschaffungsvarianten im Zuge der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf eine bestimmte Zahl (z.B. 4) begrenzen. Möglich ist auch, den Beratern gegenüber mitzuteilen, dass bestimmte ÖPP-Vertragsmodelle (z.B. das ÖPP-Erwerbermodell oder das Konzessionsmodell) gar nicht untersucht werden müssen, da diese politisch nicht gewollt sind. Schließlich sollte den Bietern die Anzahl der fixen Vor-Ort-Termine, ihr Inhalt und Dauer (z.B. Kick-off Meeting, Vertretung vor Kommunalaufsicht, Präsentation der Ergebnisse vor politischen Entscheidungsträgern) mitgeteilt werden. Sollte die öffentliche Hand sich darüber hinaus dafür entscheiden, den wirtschaftlichen und technischen Beratern die Projektsteuerung des Beraterteams zu übertragen, dann müsste sie die Aufgabenbeschreibung um diese Leistungsanforderungen erweitern und z.B. die Koordination des Projekberaterteams und eventueller Unterarbeitsgruppen, Aufbereitung, Zusammenfassung und Dokumentation der einzelnen Phasenergebnisse, Maßnahmen, Zeit- und Personaleinsatzcontrolling, Aufarbeitung der einzelnen Ergebnisse für die interne Projektorganisation, Vermittlung bei Abstimmungsbedarf etc.²⁷ fordern. Da von den Auftragnehmern nicht verlangt werden kann, bereits aufgrund der Angaben in der Aufgabenbeschreibung die Lösung derselben vorzunehmen, ist die Vergabestelle darauf beschränkt, grobe Konzepte über die Herangehensweise der Beratung zu fordern. Möglich wäre es daher in den abzugebenden indikativen Angeboten ein Konzept über die Herangehensweise der Beratung der Phase I bis III zu verlangen oder mehr ins Detail zu gehen und z.B. ein grobes Konzept über die Vorgehensweise bei der Durchführung der Bestandsbeurteilung, über die Vorgehensweise der Erstellung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, über die Vorgehensweise der Projektsteuerung des Beraterteams oder über die Vorgehensweise beim Controlling der Planungs- und Bauphase des privaten Partners zu fordern. Diese Konzepte bilden dann unter anderem die Basis für die nachfolgenden Verhandlungen.

2.5.4. Anforderungen an den Inhalt der Aufgabenbeschreibung der juristischen Beratung

Die Darstellung der vom juristischen Berater zu lösenden Aufgaben kann sich ebenfalls an der Beschreibung der Phasen orientieren. Schließlich können viele der in einem ÖPP-

²⁶ Im Zusammenhang mit der wirtschaftlich-technischen Beratung ist insbesondere zu denken an: „Public Private Partnership im Hochbau. Leitfaden „Bestandsbeurteilung“ der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen“, Januar 2004; Leitfaden „Public Private Partnership. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten“, April 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, jeweils abrufbar unter: www.ppp.nrw.de.

²⁷ Vgl. weiterführend Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau. Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeiten“, April 2005, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, S. 58.

Prozess zu lösenden Aufgaben nur durch ein Zusammenwirken der Beratungsdisziplinen erfolgreich und vollständig bewältigt werden. Insoweit könnte daher in Phase I die Ermittlung der bestehenden rechtlichen Verpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers im Innenverhältnis und nach außen (gesellschaftsrechtliche, arbeitsrechtliche, organisationsrechtliche Verpflichtungen etc.) übertragen werden. In Phase II könnte die Mitwirkung der juristischen Berater an der Entwicklung der ÖPP-Beschaffungsvariante (unter Berücksichtigung des Haushalts-, Kommunal-, Steuer-, Vergabe-, Arbeits-, Gesellschafts- und Zuwendungsrechts) verlangt werden. Auch die Vertretung bzw. Unterstützung des öffentlichen Auftraggebers vor der Kommunalaufsicht in dieser frühen Phase eines ÖPP-Projektes können auf die Berater übertragen werden. Die Vorbereitung der Ausschreibung des ÖPP-Projektes, angefangen bei der Erstellung der Vergabeunterlagen, über die Strukturierung des Vergabeverfahrens (Erarbeitung eines Terminplans für den Verfahrensablauf, Erstellung einer Bewertungsmatrix für den Teilnahmewettbewerb, Ermittlung von Bewertungskriterien für die Wertung der Angebote, Strukturierung des Verhandlungsverfahrens etc.) und die Führung der Vergabeakte, bis hin zur Vertretung der öffentlichen Hand vor den Nachprüfungsbehörden, kommen in Betracht. Wesentlich für die juristischen Berater ist es auch, zu erfahren, ob und wie viele Serviceverträge mit dem privaten Partner des ÖPP-Projekts geschlossen werden sollen und inwieweit der Berater die Interessen des staatlichen Trägers bei den Verhandlungen mit den Bietern vertreten soll. Freilich sind, wie bei den wirtschaftlichen und technischen Beratern auch den juristischen Beratern die Vor-Ort-Termine, deren Umfang und Dauer mitzuteilen. Darüber hinaus wäre es auch hier möglich von den Bietern zu verlangen, dass die Leistungsbringung nach Maßgabe von Leitfäden der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen erfolgt.²⁸ Sollte der Auftraggeber sich entscheiden, den juristischen Berater die Projektsteuerung des Beratungsteams zu übertragen, wäre sein Aufgabespektrum diesbezüglich zu erweitern. Insoweit könnte der öffentliche Auftraggeber neben der Darstellung der Herangehensweise an die Beratung in Phase I bis III auch die Darstellung eines groben Konzepts über die Vorgehensweise bei der Projektsteuerung des Beraterteams verlangen.

2.5.5. *Sonstige notwendige Angaben*

Neben der Kurzbeschreibung des zu realisierenden ÖPP-Projekts sowie der Beschreibung der Aufgaben der Berater, muss der Auftraggeber in der Aufgabenbeschreibung gemäß

²⁸ Im Zusammenhang mit der juristischen Beratung ist insbesondere zu denken an: ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de.

§ 8 Abs. 8 VOF alle anderen „die Erfüllung der Aufgabenstellung beeinflussenden Umstände“ angeben.

! Dazu gehört z.B. die Forderung an die Bieter, in ihren Angeboten bereits verbindlich anzugeben, durch welche Personen die Beratungsleistungen erbracht werden (vgl. auch § 7 Abs. 3 VOF). Darüber hinaus sollte die öffentliche Hand auch Vorgaben zur gemeinsamen Kommunikation (E-Mail oder postalisch oder Telefon) machen. Schließlich sollte nach Aussagen einiger Interviewpartner die Vergabestelle in der Aufgabenbeschreibung den Bietern gegenüber mitteilen, dass sie sich ein außerordentliches Kündigungsrecht mit einer sehr kurzen Kündigungsfrist vorbehält. Parallel dazu sollte die öffentliche Hand nicht vergessen, Bestimmungen darüber aufzunehmen, wie die bis zur Kündigung erbrachten Beratungsleistungen zu vergüten sind. Darüber hinaus sollte der Auftraggeber den Bietern gegenüber mitteilen, ob verbindliche Zeitpläne für die einzelnen Phasen vereinbart werden sollen. Deren Einsatz eignet sich insbesondere für die Leistungen der Phase I und II. So kann im Verhältnis zum Auftragsgegenstand z.B. vorab festgelegt werden, dass die erforderlichen Aufgaben der Phase I nach zwei Monaten abgeschlossen sein sollen. Für den Fall eines vom Berater zu vertretenden Leistungsverzugs wären Honorarminderungen oder Vertragsstrafen vorzusehen. Schließlich wären in die Aufgabenbeschreibung die Bedingungen für die Fälligkeit der Honorarforderungen aufzunehmen. Dabei ist zu beachten, dass die öffentliche Hand die Zahlung nicht ausschließlich nach Terminen oder dem Abschluss der Leistungsphasen richten sollte. Zahlungen sollten nur dann vorgenommen werden, falls die Beratungsleistungen inhaltlich und zeitlich vertragsgemäß erfüllt und von der Vergabestelle abgenommen wurden. Dementsprechende Vorgaben wären somit in die Aufgabenbeschreibung und später im Beratervertrag aufzunehmen. Falls nötig, wären zusätzlich die Berater auf die Einhaltung von Amts- und Dienstgeheimnissen zu verpflichten und bei Zuwiderhandlungen Vertragsstrafen vorzusehen.

2.5.6. *Sicherung des geistigen Eigentums*

In der ÖPP-Beratungspraxis ist die Frage aufgekommen, wie die öffentliche Hand sicherstellen kann, über die Ergebnisse einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die Verdingungsunterlagen oder die ÖPP-Verträge frei verfügen zu können. Im Kern geht es bei der Beantwortung dieser Frage um den Übergang des geistigen Eigentums. Bereits im Workshop ist festgehalten worden, dass dem Vergaberecht dazu keine unmittelbaren Aussagen entnommen werden können. Das Vergaberecht vermag jedoch dazu beizutragen, dass sich die öffentliche Hand das geistige Eigentum an den „Beratungsprodukten“

übertragen lassen kann. Sollten die „Beratungsprodukte“ unter die Schutzvorschriften des Urhebergesetzes (UrhG)²⁹ fallen,³⁰ dann müsste die öffentliche Hand in der Aufgabenbeschreibung den Bietern gegenüber mitteilen, dass sie sich Nutzungsrechte i.S.v. §§ 31 ff UrhG einräumen lassen möchte. Erst dann könnte sie z.B. die erarbeitete Wirtschaftlichkeitsuntersuchung weiter geben. Dabei sollte sie sich jedoch bewusst sein, dass die Übertragung des geistigen Eigentums ein preisrelevanter Faktor ist, der sich im Angebotspreis niederschlagen wird.

Darüber hinaus sollte die Vergabestelle beachten, nicht die Herausgabe der Berechnungsformeln für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu verlangen. Nach Aussage der Interviewpartner handelt es sich dabei in der Regel um Betriebsgeheimnisse, die für die Beratungsunternehmen teilweise eine existenzielle Bedeutung haben, so dass die Herausgabe dieser Formeln entweder gar nicht erfolgt oder den Angebotspreis drastisch erhöht und damit die Beratungskosten unnötig explodieren lässt. Davon zu trennen ist die Übertragung des geistigen Eigentums an den Ergebnissen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.

3. Losweise Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen

Prinzipiell ist auch bei der Vergabe von Beratungsaufträgen § 97 Abs. 3 GWB zu beachten. Danach sind mittelständische Interessen „vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen“. Mit dem Instrument der Losteilung soll strukturellen Unterschieden zwischen mittelständischen und Großunternehmen entgegengewirkt und sichergestellt werden, dass Erstere auf Augenhöhe mit Letzteren um einen öffentlichen Auftrag konkurrieren können.³¹ Mit anderen Worten, es geht um die Herstellung von Chancengleichheit. Bei den Interviewpartnern bestand Einigkeit, dass im Rahmen der Vergabe von ÖPP-Beratungsaufträgen zwischen großen und kleinen Beratungshäusern in aller Regel Chancengleichheit besteht. Schließlich handelt es sich bei ÖPP-Beratungsleistung um geistig-schöpferische Dienstleistungen, die typischerweise keinen großen und umfangreichen Personal- bzw. Materialeinsatz erfordern. Entscheidend ist vielmehr die Kompetenz der jeweils eingesetzten Berater.



²⁹ Urheberrechtsgesetz v. 9.9.1965, BGBl. I, S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26.10.2007, BGBl. I, S. 2513.

³⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen eines schutzwürdigen Werkes; BGH, GRUR 1984, S. 659ff (Ausschreibungsunterlagen); BGH, GRUR 1986, S. 739ff (Anwaltsschriftsatz); LG München, GRUR 1991, S. 50ff (Formulierung von AGB).

³¹ OLG Jena, Beschluss v. 6.6.2007, Az.: Verg 3/07 = VergabeR 2007, S. 677; vgl. auch *Burgi*, NZBau 2006, S. 606ff und S. 693ff.

Gesamtausschreibungen von ÖPP-Beratungsleistungen sind daher rechtlich möglich, aber nicht zwingend. Um sich daran zu beteiligen, sind die verschiedenen Beratungsprofessionen in aller Regel gezwungen, sich in Bietergemeinschaften zusammenzuschließen, da es kaum ein Beratungsunternehmen geben dürfte, das wirtschaftliche, technische und juristische Beratungsleistungen zusammengefasst als eine Organisationseinheit erbringt. Rechtsanwälten ist es beispielsweise aufgrund berufsrechtlicher Vorschriften (§ 59a BRAO) untersagt, gemeinsam mit Ingenieuren und Betriebswirten Sozietäten zu bilden. Umgekehrt ist auch nach der Aufhebung des Rechtsberatungsberatungsgesetzes³² durch das Rechtsdienstleistungsgesetz³³ nicht klar, in welchem Umfang und mit welcher Intensität Betriebswirte und Ingenieure Rechtsberatungsleistungen erbringen dürfen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die öffentliche Hand in aller Regel den nachvollziehbaren Wunsch hat, die erforderliche juristische Beratung durch einen zugelassenen Rechtsanwalt ausführen zu lassen.

!

Im Workshop und in den Interviews ist darauf hingewiesen worden, dass die Bildung von interprofessionellen Bietergemeinschaften zwischen Ingenieuren, Betriebswirten und Rechtsanwälten in der Regel zu erheblichen Hürden führt; genannt wurden vor allem Haftungsprobleme, steuerrechtliche Aspekte und das Rechtsberatungsrecht. Die öffentliche Hand sollte diese Schwierigkeiten der interprofessionellen Zusammenarbeit ernst nehmen und nicht unterschätzen, da sie dazu führen können, dass kompetente und hochqualifizierte Berater von der Beteiligung an der Ausschreibung absehen. Dies wiederum könnte zu Verkleinerung des Bewerberkreises führen und zur Folge haben, dass der öffentliche Auftraggeber nicht den für sich besten Berater engagieren kann. Insoweit wird von Seiten der Berater eine Losteilung der einzelnen ÖPP-Beratungsleistungen und der Verzicht auf eine Gesamtausschreibung favorisiert. Dem wird jedoch von Auftraggeberseite entgegengehalten, dass das Vertragsmanagement bei verschiedenen Leistungserbringern (d.h. sowohl bei einer Gesamtausschreibung mit Losteilung als auch bei einer von vornherein getrennten Vergabe) als aufwändig empfunden wird und Schnittstellenprobleme aufkommen lassen kann. Diese Befürchtung wird von Seiten der Berater zwar nachvollzogen, aber nicht geteilt. Sie weisen daraufhin, dass viele professionelle Berater bereits bei mehreren Projekten in den verschiedensten Beraterteams zusammen gearbeitet haben, so dass professioneller Umgang miteinander

³² BGBl. III, Gliederungsnummer 303-12.

³³ BGBl. I 2007, 2840.

trotz Losteilung zu erwarten ist. Darüber hinaus sei es gerade Aufgabe des mit der Projektleitung beauftragten Beraters, Schnittstellen zu vermeiden und eine integrierte Beratung sicherzustellen.

Um die widerstreitenden Interessen in Einklang zu bringen, ist bereits im Workshop auf eine Zwischenlösung hingewiesen worden, die auch in den Interviews als praxistauglich eingestuft wurde. Möchte die öffentliche Hand aus Sorge vor Schnittstellen auf eine Losteilung verzichten und eine Gesamtvergabe vornehmen, dann sollte sie Bietergemeinschaften zulassen, ohne eine gesamtschuldnerische Haftung der Teilnehmer der Bietergemeinschaft zu verlangen und separate Verträge mit den Mitgliedern der Bietergemeinschaft abschließen. Damit werden zum einen die oben angesprochenen Hürden der gemeinsamen Zusammenarbeit der Berater umgangen, zum anderen tendiert unter diesen Bedingungen das Schnittstellenrisiko gegen Null. Der Grund hierfür liegt in dem Umstand, dass die Berater, die sich im Vorfeld einer Ausschreibung freiwillig in einer Bietergemeinschaft zusammenschließen, in aller Regel bereits in der Vergangenheit als Team beraten und dabei die jeweiligen Arbeitsprozesse aufeinander abgestimmt haben. Dies kann die öffentliche Hand im Rahmen der Eignungsprüfung abfragen und auch bewerten. Wichtig ist dabei nur, dass die Vergabestelle eine derartige Vertragsgestaltung den Wirtschaftsteilnehmern gegenüber bereits in der Bekanntmachung kommuniziert.



3.1. *Zulässigkeit von sog. Parallelausschreibungen*

Im vorliegenden Kontext spielt die sog. Parallelausschreibung eine Rolle, wenn die Bieter alternativ bzw. kumulativ auf einzelne Fachlose oder auf die ganze Leistung (als Mitglied einer Bietergemeinschaft) bieten können. Dies ist z.B. möglich, falls die öffentliche Hand eine Losteilung vornimmt, gleichzeitig aber ein Gebot für alle drei Lose zulässt oder aber ein viertes Los bildet, das die Gesamtleistung umfasst. Durch eine derart gestaltete Ausschreibung kann die Vergabestelle feststellen, welche Variante zu besseren Angeboten führt.

Die Zulässigkeit von sog. Parallelausschreibungen ist bisher nur im Bereich der VOB/A und VOL/A thematisiert und im Einzelfall für zulässig erachtet worden. Nach Auffassung der Rechtsprechung verstößt diese Vorgehensweise nicht gegen § 16 Nr. 2 VOL/A (bzw. § 16 Nr. 2 VOB/A), sofern sie für die Bieter zumutbar, transparent und sichergestellt ist, dass die wirtschaftlichste Verfahrensweise zum Zuge kommt.³⁴ In der VOF fehlt zwar eine

³⁴ KG Berlin, Beschluss v. 22.8.2001, Az.: KartVerg 3/01 = VergabeR 2001, S. 392 (395); OLG Bremen, Beschluss v. 22.10.2001, Az.: Verg 2/2001; OLG Celle, Beschluss v. 8.22.2001, Az.: 13 Verg 9/01 = VergabeR 2002, S. 154 (156).

Parallelvorschrift zu § 16 Nr. 2 VOL/A, die darin enthaltenen Aussagen werden jedoch § 1 VOF entnommen.³⁵ Die Möglichkeit der parallelen Beteiligung muss daher bereits aus der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen deutlich werden, um den Vorgaben der Rechtsprechung zu entsprechen.

3.2. *Umgang mit Doppelbeteiligungen*

Als Konsequenz der Möglichkeit für die Bieter, alternativ oder kumulativ auf die einzelnen Fachlose oder die gesamte Leistung bieten zu können, kann das Problem der sog. Doppelbeteiligung³⁶ von Bietern entstehen. Das ist der Fall, falls ein Bieter nicht nur in einer Bietergemeinschaft um den Beratungsauftrag bietet, sondern zusätzlich ohne Rücksicht darauf ein eigenes Konkurrenzangebot abgibt. Im Bereich der VOB/A und VOL/A verbietet sich eine derartige Bieterstrategie grundsätzlich, da Verzerrungen des Bieterwettbewerbes drohen.³⁷ Nach obergerichtlicher Rechtsprechung ist dies jedoch nicht der Fall, wenn der Bieter sein Einzelangebot für dasselbe Los abgibt, für das er auch im Rahmen der Bietergemeinschaft zuständig wäre.³⁸ Unter diesen Voraussetzungen liegt zwischen den Angeboten keine Konkurrenzsituation, so dass die gegenseitige Kenntnis der jeweiligen Angebote ohne Folgen bleibt.

4. **Eignungskriterien**

Nach § 97 Abs. 4 1. HS GWB dürfen Aufträge nur an „fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige“, respektive geeignete Unternehmen vergeben werden. Die Anforderungen an die Eignung werden insbesondere in §§ 11, 12 und 13 VOF näher konkretisiert, die jeweils auf der europäischen Grundlage der Art. 45 - 52 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie erlassen wurden. Adressat der Eignungsmerkmale ist der jeweilige Bieter. Will dieser Subunternehmer einschalten, so ist dies nicht grundsätzlich ausgeschlossen, es kommt aber dann auf den Nachweis der Eignung jener Nachunternehmer an (vgl. § 12 Abs. 3 VOF und § 13 Abs. 3 VOF). Wie sich explizit aus § 97 Abs. 4 HS. 1 GWB ergibt, handelt es sich bei den Eignungskriterien um Muss-Kriterien, denen im Rahmen der Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen eine große Bedeutung zukommt. Sie bilden schließlich den Wertungsmaßstab im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes, in dem die

³⁵ Vgl. VÜA Thüringen, als VK, Beschluss v. 8.6.1999, Az.: 2 VÜ 3/99.

³⁶ Teilweise wird auch von sog. „Mehrfachbeteiligungen“ oder „Doppelbewerbungen“ gesprochen.

³⁷ OLG Naumburg, Beschluss v. 30.7.2004, Az.: 1 Verg 10/04; OLG Düsseldorf Beschluss v. 16.9.2003, Az.: Verg 52/03 = VergabeR 2003, 690 (691).

³⁸ OLG München, Beschluss v. 28.4.2006, Az.: Verg 06/06 = VergabeR 2006, S. 914 (919).

öffentliche Hand diejenigen Bewerber auswählt, die sie zu Verhandlungen und damit zur Abgabe eines ersten indikativen Angebotes auffordern möchte (vgl. § 10 Abs. 1 VOF). Ein Bieter muss daher zumindest alle drei Kriterien erfüllen, um im Teilnahmewettbewerb überhaupt in die engere Auswahl zu kommen.

4.1. *Mindestanforderungen und Nachweise*

Um einen zutreffenden Umgang mit Eignungskriterien sicherzustellen, ist zwischen dem jeweiligen Kriterium (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) seiner näheren inhaltlichen Bestimmungen durch Formulierung von Mindestanforderungen (z.B. Zulassung als Rechtsanwalt als Mindestanforderung der Fachkunde; Mindesthöhe der Berufshaftpflichtversicherung als Mindestanforderung der Leistungsfähigkeit; Nicht-Vorbestraftsein als Mindestanforderung der Zuverlässigkeit), und den im einzelnen zu erbringenden Nachweisen (z.B. Kopie der Zulassungsurkunde eines Rechtsanwalts, Erklärung der Berufshaftpflichtversicherung, Strafregisterauszüge etc.) zu unterscheiden. Gemäß Art. 44 Abs. 2 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie müssen sowohl die von der öffentlichen Hand gestellten Mindestanforderungen, als auch die zu erbringenden Nachweise mit dem „Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein“. Das bedeutet, dass die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmung und die zu erbringenden Nachweise bezüglich der drei Eignungskriterien geeignet und erforderlich sein müssen, um das Vorliegen der Eignung der Bewerber im Hinblick auf den jeweiligen Auftragsgegenstand annehmen zu können. Die drei Eignungskriterien sind daher individuell und auftragsbezogen zu bestimmen. Das heißt, dass beispielsweise die nähere Bestimmung des Eignungskriteriums der „Fachkunde“ von den jeweils erforderlichen Beratungsleistungen abhängt. Die Forderungen nach einer Zulassung als Rechtsanwalt wird daher nur für die juristische Beratungsleistung gerechtfertigt sein können. Für die Erbringung der technischen Beratung wird die Vergabestelle hingegen von den Bietern verlangen können, dass sie nach den jeweiligen Landesgesetzen das Recht haben die Berufsbezeichnung Ingenieur zu führen. In diesem Sinn ist § 10 Abs. 3 und Abs. 4 VOF europarechtskonform auszulegen, auch wenn der Wortlaut dieser Vorschrift ausschließlich Anforderungen an die zu erbringenden „Nachweise“ aufstellt. Wichtig für die Praxis ist schließlich, ob, und falls ja, in welchem Umfang, bei der Festlegung der Mindestanforderungen und bei der Formulierung von Nachweispflichten ein

Beurteilungsspielraum zusteht.³⁹ Unter Betrachtung der soeben vorgenommenen Differenzierung zeigt sich, dass sowohl die Festlegung der Mindestanforderungen der drei Eignungskriterien, als auch die Entscheidung über das Ob und den Umfang der zu erbringenden Nachweise geeignet und erforderlich, gemessen am Auftragsgegenstand, sein müssen. Dabei handelt es sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, welcher in der Rechtsordnung der vollen gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegt. Aus diesem Grund unterliegt die Entscheidung über die Festlegung der Mindestanforderungen der drei Kriterien ebenso wie die Entscheidung über das Ob und Umfang der beizubringenden Nachweise der vollen Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Ein Beurteilungsspielraum setzt erst bei der Entscheidung an, ob der einzelne Bewerber aufgestellten Anforderungen entspricht. Auf der Nachweisebene besteht der Spielraum lediglich bezüglich der Form der Nachweise, respektive bei der Entscheidung, ob die Bewerber zwingend Fremdbelege einreichen müssen oder Eigenerklärungen ausreichend sind.

4.1.1. *Fachkunde*

Das Kriterium der Fachkunde statuiert eine personenbezogene Prüfung der mit der Ausführung des Auftrages zu beauftragenden Berater. Um als fachkundig angesehen zu werden, muss ein Bewerber die erforderlichen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen besitzen, um die zu vergebende Beratungsleistung ausführen zu können. Anhand der Definition wird deutlich, dass das in § 13 Abs. 1 VOF scheinbar selbständige Kriterium der Erfahrung darin aufgeht. Darüber hinaus unterscheidet die EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht zwischen Fachkunde und Leistungsfähigkeit, sondern zwischen „wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit“ einerseits und „technischer und/oder beruflicher Leistungsfähigkeit“ andererseits (vgl. Art. 47 bzw. 48). Die in § 97 Abs. 4 1. HS GWB (vgl. auch § 4 Abs. 1 VOF) vorgenommene Differenzierung zwischen Fachkunde und Leistungsfähigkeit ist somit ohne Belang, die jeweils getroffenen Feststellungen erlangen wechselseitig Gültigkeit. Im Folgenden soll daher lediglich versucht werden, die besonders personenbezogenen Aspekte jenem anderen Kriterium (Fachkunde) zuzuordnen.

³⁹ Vgl. zu dieser Frage ausführlich, Burgi, VergabeR 2007, S. 457 (465).

4.1.1.1. *Mindestanforderungen*

Mit der näheren inhaltlichen Bestimmung der Fachkunde der zu beauftragenden Berater soll sichergestellt werden, dass diese in der Lage sind, die im Rahmen des ÖPP-Prozesses entstehenden Aufgaben zu meistern. Wie bereits dargestellt, lässt sich das Aufgabenspektrum eines ÖPP-Prozesses drei Beratungsprofessionen zuordnen. Insoweit könnte die öffentliche Hand z.B. fordern, dass die juristische Beratung durch einen zugelassenen Rechtsanwalt erfolgt, während die technische Beratung von jemandem erbracht werden soll, der den Beruf „Ingenieur“ ausübt (vgl. § 23 Abs. 2 VOF). Im Hinblick auf die wirtschaftliche Beratung wäre es hingegen möglich zu verlangen, dass der zu beauftragende Berater ein abgeschlossenes Universitäts- oder Fachhochschulstudium der Wirtschaftswissenschaften oder von vergleichbaren Studiengängen, wie z.B. der Betriebswirtschaftslehre etc. besitzt. Aufgrund des „Bolognaprozesses“⁴⁰ und der damit einhergehenden Änderungen der Studienabschlüsse (Einführung der sog. Bachelor- und Master-Abschlüsse) wäre es, soweit es der Beratungsgegenstand rechtfertigt, auch möglich als Mindestanforderung einen erfolgreichen Master-Abschluss vorauszusetzen. Die öffentliche Hand sollte freilich darauf achten, die Mindestanforderungen nicht zu übertreiben. Entscheidet sie sich z.B. dafür, die wirtschaftlichen und technischen Beratungsleistungen zusammenzulegen, wird es kaum Bewerber geben, die sowohl Ingenieure sind, als auch ein abgeschlossenes wirtschaftswissenschaftliches Studium aufweisen. In diesen Fällen ist es freilich möglich, lediglich zu verlangen, dass der Berater berechtigt sein muss die Berufsbezeichnung „Ingenieur“ zu führen. Gegebenenfalls können diese aufgrund von Berufserfahrung in der Lage sein, neben der technischen Beratung auch die wirtschaftliche Beratung durchzuführen. Insoweit könnte die öffentliche Hand als Mindestanforderung Erfahrung bei Lösung wirtschaftlicher Fragestellungen im Rahmen eines ÖPP-Prozesses verlangen.

Neben der Festlegung von Anforderungen an die Berufsausbildung der Berater, ist im Rahmen der Interviews die Erfahrung der Berater bezüglich bereits erbrachter ÖPP-Beratungsleistungen als besonders Merkmal der Fachkunde herausgestellt worden. Dabei handelt es sich um eine nicht unproblematische Mindestanforderung an die Fachkunde der Berater, da dadurch der Zugang von sog. „Newcomern“ zu diesen Beratungsaufträgen beschränkt wird, wohingegen gemäß § 4 Abs. 5 VOF Berufsanfänger angemessen bei der



⁴⁰ Unter dem „Bolognaprozess“ versteht man das politische Vorhaben ein einheitliches europäisches Hochschulwesen zu schaffen. Vgl. zur Umsetzung in Nordrhein-Westfalen § 66 Abs. 1 Satz 2 HG NRW.

Erteilung der öffentlichen Aufträge berücksichtigt werden sollen. Maßstab für die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber „Erfahrung“ als Mindestvoraussetzung der Fachkunde verlangen und damit Berufsanfänger von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen kann, ist die Komplexität des zu vergebenden Beratungsauftrages.⁴¹ Diese wiederum hängt in besonderem Maße von der Komplexität des zu realisierenden ÖPP-Projektes ab. Auch wenn die Komplexität von ÖPP-Projekten untereinander teilweise erheblichen Schwankungen unterliegt, kann man sagen, dass ÖPP-Projekte aufgrund der vielen Akteure (Verwaltung, Banken, private Unternehmen etc.) summa summarum im Vergleich zu konventionellen Vorhaben einen hohen Komplexitätsgrad aufweisen, der eine weitreichende Beratungserfahrung voraussetzt, um die bei der Realisierung derartiger Projekte entstehenden Aufgaben erfolgreich zu lösen. Die öffentliche Hand wird daher regelmäßig in Abhängigkeit der Komplexität des ÖPP-Projekts und bei dessen Realisierung zu erbringenden Beratungsleistungen in der Lage sein, als Mindestbedingung der Fachkunde der Berater „Beratungserfahrung“ bei ÖPP-Projekten zu fordern. In den Interviews bestand großer Konsens darüber, dass genaue Konkretisierungen an die von den Beratern mitzubringende Erfahrung im Verhältnis zu dem geplanten ÖPP-Projekt und den erforderlichen Beratungsleistungen festgelegt werden sollten. Möchte eine Kommune beispielsweise ein Verwaltungsgebäude (Rathaus) im Rahmen eines ÖPP-Modells sanieren und sich dabei in den Phasen I bis III beraten lassen, dann wäre es möglich von den Beratern Erfahrung in diesen drei Phasen bei der Realisierung von ÖPP-Projekten mit dem Leistungsspektrum Planung, Finanzierung, Bau, Unterhaltung und zumindest teilweiser Betrieb, zu verlangen. Darüber hinaus könnte die Vergabestelle folgende berater- und phasenspezifische Anforderungen aufstellen:

- Erfahrung bei der Durchführung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III)
- Erfahrung bei juristischer Beratung im Rahmen von Phase I und II
- Erfahrung bei technischer Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung)
- Erfahrung bei wirtschaftlicher Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung)
- Erfahrung bei juristischer Beratung im Rahmen von Phase III

⁴¹ VK Lüneburg, Beschluss v. 25.9.2006, Az.: Vgk-19/2006.

- Erfahrung bei der Projektleitung des Beraterteams

Den Nachweis über die geforderte Erfahrung könnten die Bewerber unter den aufgestellten Voraussetzungen allein über sog. Referenzen (vgl. noch 4.1.1.2.) betreffend der ÖPP-Projekte erbringen, die einen Bezug zu Planung, Finanzierung, Bau, Unterhaltung und zumindest teilweisen Betrieb eines öffentlichen Bauwerks hatten. Bei einem genauen Blick auf die konkreten Anforderungen wird jedoch deutlich, dass die öffentliche Hand in bestimmten Fällen nicht stets ÖPP-spezifische Nachweise verlangen sollte. Unter den Interviewpartnern bestand darüber Einigkeit. Hat beispielsweise ein juristischer Berater im Rahmen von konventionellen, komplexen VOB/A- und VOL/A-Verfahren ein Verhandlungsverfahren oder einen wettbewerblichen Dialog erfolgreich gestaltet und durchgeführt, dann kann eine derartige Referenz ohne Weiteres als Nachweis der erforderlichen Erfahrung für Phase III akzeptiert werden, da diese Phase vor allem die Gestaltung und Durchführung der Ausschreibung des ÖPP-Projekts zum Inhalt hat. Ebenso verhält es sich mit technischen Beratern, die in vergangenen komplexen konventionellen Bauvorhaben die technischen Verdingungsunterlagen in Form von Outputspezifikationen ausgearbeitet haben. Unter diesen Voraussetzungen können auch die Nachweise über die konventionellen Projekte als Referenzen für die technische Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung) des ÖPP-Projekts anerkannt werden, da die Anforderungen an die Erstellung von technischen Verdingungsunterlagen in beiden Fällen vergleichbar sind. Freilich sind derartige Lockerungen der Nachweisforderungen den Bewerbern in der Bekanntmachung deutlich mitzuteilen.

Bei der Formulierung der Mindestanforderungen an die erforderliche Erfahrung der Berater sollte sich die Vergabestelle darüber hinaus stets vor Augen führen, dass sich der ÖPP-Markt immer noch in der Entwicklung befindet. Das bedeutet, dass die Realisierung von ÖPP-Projekten im Bereich der Verkehrsinfrastruktur (z.B. Bau und Betrieb von Gemeindestraßen), im Bereich der Hochschulen (z.B. Bau und Betrieb von Seminargebäuden oder von Mensen), IT (z.B. Einrichtung und Unterhaltung von Servern), Krankenhäusern (z.B. Bau und Betrieb von Protonentherapiezentren) etc. erst begonnen bzw. sich weiterentwickelt hat. Möchte man als staatlicher Träger selbst ein ÖPP-Projekt in diesem Bereichen (z.B. Sanierung von Gemeindestraßen) in Gang setzen, wäre es übertrieben, von den Beratern zwingend Erfahrung in diesem spezifischen Bereich zu fordern, da aufgrund der geringen Anzahl der Projekte viele kompetente Berater nicht in der Lage wären diese vorzuweisen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass mit vielen ÖPP-

Projekten, wie z.B. dem Bau der Elbphilharmonie oder eines Protonentherapiezentrum oder den ersten Schulprojekten, Neuland betreten und von den Beratern Pionierarbeit geleistet worden ist. Der Nachweis der Erfahrung der damals zum Einsatz kommenden Berater war nur über andere komplexe Projekte, teilweise sogar ohne einen ÖPP-spezifischen Bezug möglich. Die öffentliche Hand sollte daher die Mindestanforderungen an die Erfahrung der Berater nicht zu spezifisch formulieren, sondern offener gestalten. Selbstverwaltungsträger sollten etwa nicht zwingend fordern, dass die Bewerber Erfahrung bei ÖPP-Projekten haben, die von anderen Selbstverwaltungseinheiten initialisiert worden sind. Stattdessen wäre es besser, zwischen der Erfahrung im ÖPP-Bereich und der Erfahrung bei der Beratung von Selbstverwaltungseinheiten zu differenzieren und jeweils separat Referenzen zu akzeptieren, die im letzteren Fall freilich keinen ÖPP-Bezug haben müssen.

4.1.1.2. *Nachweise*

Aufgrund des Umstandes, dass der Begriff der Fachkunde im europäischen Kontext im Merkmal der technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit aufgeht sind die Nachweisforderungen unter Beachtung des abschließend zu verstehenden Art. 48 Abs. 2 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie⁴² und der nationalen Umsetzungsnorm § 13 Abs. 2 VOF zu gestalten. Dabei ist zu beachten, dass die öffentliche Hand an die Form der Nachweise keine überzogenen Anforderungen (z.B. notariell beglaubigte Kopien von Studiennachweisen) im Rahmen des Spielraums von Art. 48 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 VOF verlangen sollte, da diese auf Bieterseite zu unnötigem Aufwand führen. Auf Seiten der Berater bestand Einigkeit darüber, dass übertriebene Nachweisforderungen u.U. zur Folge haben können, dass von einer Bewerbung abgesehen wird. Das Credo der öffentlichen Hand sollte daher darauf gerichtet sein ein schlankes Vergabeverfahren durchzuführen, um den eigenen und den Aufwand der Bewerber möglichst klein zu halten. Es gilt der Grundsatz „weniger ist mehr“. Darüber hinaus ist der Auftraggeber gemäß § 7 Abs. 3 VOF aufgefordert, die Bewerber zu verpflichten, „die Namen und die berufliche Qualifikation der Personen anzugeben, die die Leistung tatsächlich erbringen“ werden.

Insoweit können gemäß § 13 Abs. 2 lit. a) VOF der Nachweis einer Berufszulassung (z.B. Kopie der Zulassungsurkunde zum Rechtsanwalt) oder Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung mit der Durchführung der Beratung zu

⁴² EuGH, Rs. 67/81, Urt. v. 10.02.1982, Slg. 1982, 420, 425 Rn.9; Rs. 71/92, Slg. 1993, I-5923, 5989 Rn. 41.

beauftragenden Personen (z.B. berufsbezogene Lebensläufe der Berater) gefordert werden. Daneben kommt gemäß § 13 Abs. 2 lit. b) VOF als Nachweis der Erfahrung der Bewerber eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und der öffentlichen oder privaten Auftraggeber. Für diese Liste hat sich der Begriff „Referenzen“ eingebürgert, die eine zentrale Möglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber darstellen, sich einen Überblick über die Fachkunde eines Beraters zu verschaffen. Hierbei geht es um Rückschlüsse von der Vergangenheit auf die Zukunft, und zwar in Gestalt konkreter praktischer Erfahrungen. Erforderlich ist jeweils die Vorlage von Referenzen, die den sicheren Schluss zulassen, dass der betreffende Berater über die erforderliche Erfahrung, sprich Fachkunde verfügt. Alle Referenzen, die diese Anforderungen erfüllen, sind Referenzen über die Lösung vergleichbarer Aufgaben im Sinne der Referenzanforderung⁴³, wobei, wie bereits erwähnt, es nicht notwendigerweise im Hinblick auf die Vergleichbarkeit immer darauf ankommen muss, dass sich die Referenz auf ein ÖPP-Projekt bezieht.

Bei den Interviewpartnern bestand eine sehr große Einigkeit darüber, dass die öffentliche Hand Anforderungen an die Referenzlisten stellen sollte, um besser die jeweilige Fachkunde der Bewerber erörtern zu können. Die Vergabestelle sollte insbesondere persönliche Referenzen der mit dem Projekt im Falle des Zuschlags betrauten Berater verlangen. Darüber hinaus wurde empfohlen, Vorgaben an den Umfang und die Gestaltung der Referenzliste zu machen und von den Bewerbern z.B. eine Kurzbeschreibung des ÖPP-Referenzprojekts, eine Darstellung und Kurzbeschreibung der eigenen Beratungstätigkeit⁴⁴, die Benennung anderer Berater, mit denen man im Team bei dem Projekt zusammen gearbeitet hat und die Nennung eines Ansprechpartners beim Referenzgeber inklusive seiner Adresse und Telefonnummer, zu verlangen. Keine Übereinkunft wurde hingegen über die Frage erzielt, wie viele Referenzen der öffentliche Auftraggeber verlangen soll. Die Mehrzahl der Interviewpartner favorisierte eine Festlegung der Referenzen auf maximal fünf, um den Aufwand möglichst gering zu halten. Andere hingegen plädierten dafür, eine Obergrenze nicht vorzunehmen. Wichtig ist jedenfalls, dass die Anzahl der vorzulegenden Referenzen ausreichend ist, um die jeweils geforderte Erfahrung nachweisen zu können. In Anbetracht



⁴³ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.2.2003, Verg 58/02.

⁴⁴ Damit erfährt die öffentliche Hand, in welcher Intensität der Berater bei dem jeweiligen Referenzprojekt beteiligt war, d.h. ob er z.B. lediglich eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vorgenommen oder auch die Finanzberatung, und die Erstellung der technischen Verdingungsunterlagen etc. übernommen hat.

der im vorangegangenen Punkt vorgenommenen berater- und phasenspezifischen Differenzierung der erforderlichen Beratungserfahrung könnte die öffentliche Hand pro Konkretisierungspunkt bis zu 5 Referenzen fordern, wobei es den Bewerbern möglich sein sollte, die jeweilige Referenz mehrfach zu verwenden.

! Einig waren sich die Interviewpartner hingegen darüber, dass der öffentliche Auftraggeber als Nachweis der Erfahrung eine selbst erstellte Referenzliste bzw. Referenzen des Bewerbers akzeptieren und auf zusätzliche formelle Bescheinigung der Referenzgeber (vgl. § 13 Abs. 2 lit. b) 1. Spiegelstrich VOF) verzichten sollte. Die Forderung nach derartigen formellen Bescheinigungen wurde übereinstimmend als viel zu aufwendig empfunden. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass derartige Bescheinigungen angesichts der oft knappen Fristen für die Teilnahmeanträge nicht immer fristgerecht eingeholt werden können, ohne dass den Bewerber ein Verschulden treffen würde.

4.1.2. *Leistungsfähigkeit*

Während die Feststellung der Fachkunde primär personenbezogen ist, geht es bei der Leistungsfähigkeit um eine sach- und betriebsbezogene Untersuchung der Bewerber. Leistungsfähig ist, wer als Bewerber über die personellen, kaufmännischen, technischen und finanziellen Mittel verfügt, um den Auftrag fachlich einwandfrei und fristgerecht ausführen zu können und in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.⁴⁵ Die folgende Darstellung orientiert sich an der in der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie (vgl. Art. 47 und Art. 48) angelegten Unterscheidung zwischen „wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit“ (Art. 47) und „technischer und/oder beruflicher Leistungsfähigkeit“ (Art. 48). Die Umsetzungsvorschriften dazu finden sich in § 12 VOF und § 13 VOF.

4.1.2.1. *Mindestanforderungen*

4.1.2.1.1. *Wirtschaftlich-finanziell*

Im Mittelpunkt der inhaltlichen Bestimmung der wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit steht die Bonität des Bewerbers, d.h. die Fähigkeit, über ausreichend finanzielle Mittel zu verfügen, um den laufenden Verpflichtungen gegenüber dem Personal, dem Staat und sonstigen Gläubigern nachkommen zu können.⁴⁶ Bonität im vergaberechtlichen Zusammenhang meint darüber hinaus aber auch, dass dem Bewerber während des

⁴⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.6.2004, Az.: Verg 11/04.

⁴⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.6.2004, Az.: Verg 11/04.

Auftrages nicht „die Luft ausgeht“, sondern dass er das nötige Leistungspotenzial (wiederum gemessen an den Faktoren Geeignetheit und Erforderlichkeit) hat, um den Auftrag zu Ende zu führen. Dazu gehört auch, dass eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung vorhanden ist, die einen ggf. entstandenen Schaden abdecken kann.

Unter den Interviewpartnern bestand große Einigkeit darüber, dass die wirtschaftlich-finanzielle Leistungsfähigkeit der ÖPP-Berater nicht von großer Relevanz ist, da der Personal- und Materialeinsatz bei ÖPP-Beratungsleistungen, als geistig-schöpferische Dienstleistungen im Vergleich zu anderen Dienstleistungen (z.B. Postbeförderung) gering ist. Daher sollte grundsätzlich auf die Festlegung von Mindestanforderungen, die bei Nichteinhaltung zum Ausschluss mangels Eignung führen, verzichtet werden. Eine Ausnahme wurde jedoch bei der Forderung nach einer bestehenden Berufshaftpflichtversicherung gemacht. Um im Fall von Schadensersatzansprüchen gegen die Berater eine finanzielle Deckung der eigenen Ansprüche sicherzustellen, sollte die öffentliche Hand eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer bestimmten Mindestdeckungssumme verlangen. Die Höhe der jeweils erforderlichen Mindestdeckungssumme muss freilich im Verhältnis zu Projektvolumen des ÖPP-Projekts stehen.

4.1.2.1.2. *Fachlich-technisch*

In fachlich-technischer Hinsicht lässt sich das Kriterium der Leistungsfähigkeit dahingehend bestimmen, dass das bietende Beratungsunternehmen, so wie es sich im Zeitpunkt der Angebotsabgabe präsentiert, über das notwendige infrastrukturelle Know-how verfügt, um die Beratungsleistung erbringen zu können. Dabei geht es nicht, um die individuellen Fähigkeiten der Berater, sondern um die technischen aber auch personellen Strukturen des Beratungsunternehmens. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nach Auffassung der Interviewpartner dieses Eignungsmerkmal, ebenso wie der Punkt der wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit in den Hintergrund tritt, da die Qualität der Beratungsleistung in erster Linie von der Fachkunde der Berater bestimmt wird. Nichtsdestotrotz wäre es aber für den öffentlichen Auftraggeber möglich, einige wenige Mindestvoraussetzungen festzulegen, die eine reibungslose Zusammenarbeit mit den Beratern sicherstellen sollen. Der öffentliche Auftraggeber könnte z.B. fordern, dass zwischen der von ihm verwendeten Hard- und Software und der technischen Ausrüstung auf Seiten des Auftragnehmers eine 100%ige-Kompatibilität besteht. Voraussetzung hierfür wäre freilich, dass der Auftraggeber die eigene Ausstattung (z.B. Verwendung von Open Office oder MS Office etc.) kurz beschreibt. Darüber hinaus bestand Einigkeit darüber, bei den

technischen und wirtschaftlichen Beratern ein Qualitätsmanagement zu fordern, ohne jedoch darauf zu bestehen, dass dieses zwingend den Anforderungen der DIN EN ISO 9001 entsprechen muss, da es andere gleichwertige Systeme gibt. Bei Rechtsanwälten könnte hingegen das Vorhandensein einer Büroorganisation verlangt werden, die sicherstellt, dass z.B. Besprechungsprotokolle in ein bis zwei Tagen fertig gestellt sind.

4.1.2.2. *Nachweise*

4.1.2.2.1. *Wirtschaftlich-finanziell*

Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit in wirtschaftlich-finanzieller Hinsicht zählen Art. 47 Abs. 1 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie und § 12 Abs. 1 VOF jeweils in nicht abschließender Weise auf, welche Nachweise gefordert werden können. Dazu gehören: Bankerklärungen oder Nachweise einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung; Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen; Erklärung über den Gesamtumsatz und ggf. den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, der Gegenstand der Ausschreibung ist, jedoch höchstens in den letzten drei Geschäftsjahren.

Der öffentliche Auftraggeber sollte nicht alle Nachweise fordern, sondern aus diesem Pool diejenigen auswählen, die für ihn relevant sind. Setzt er beispielsweise als Mindestbedingung der wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit des Beraters eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer bestimmten Mindestdeckungssumme voraus, dann sollte er diesbezüglich einen aktuellen Versicherungsnachweis verlangen. Die Abgabe einer Bankerklärung wäre dann nicht mehr erforderlich, weil deren Aussagegehalt nach Auffassung der Interviewteilnehmer bereits vollständig durch den Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung erfasst ist, da durch die Bankauskunft die finanzielle Deckung des Bewerbes im Hinblick auf ggf. entstehende Schadensersatzansprüche in Erfahrung gebracht werden soll. Es ist vorstellbar, dass die öffentliche Hand aufgrund des ÖPP-Projekts eine derart hohe Mindestdeckung der Berufshaftpflichtversicherung verlangt, dass einige Bewerber diese nicht ohne Erweiterung ihrer Versicherungsprämie erbringen können. Unter diesen Voraussetzungen, sollte der öffentliche Auftraggeber die Zusage der Versicherung des Bewerbers, die Deckungssumme im Fall seiner Beauftragung entsprechend zu erhöhen, als Nachweis akzeptieren. Diese Vorgehensweise ist in den Interviews aufgrund mehrerer Vorteile empfohlen worden. Zum einen wird es dadurch den Bewerbern erspart, die regelmäßig sehr kostspielige Erweiterung der Berufshaftpflichtversicherung zu einem Zeitpunkt vorzunehmen, in dem sie keine Gewissheit über die

Auftragserteilung haben. Zum anderen geht die öffentliche Hand jedoch kein Risiko ein, da im Fall der Beauftragung des Bewerbers eine den Anforderungen entsprechende Mindestdeckung zur Verfügung steht.

Im Hinblick auf die Forderung nach Bilanzen oder Bilanzauszügen ging aus den Interviews hervor, dass diese nur bedingt sinnvoll sind, da viele der auf dem Markt tätigen Berater (vor allem Rechtsanwälte) in Gesellschaftsformen organisiert sind, die nicht zur Bilanzierung verpflichtet sind. Die Vergabestelle sollte daher auf ihre Vorlage verzichten. Anders wurde hingegen die Forderung nach Angaben zum Gesamtumsatz und dem Umsatz für entsprechende Dienstleistungen in den letzten drei Jahren beurteilt. Diesbezüglich können Eigenerklärungen verlangt werden. Die öffentliche Hand sollte diese Angaben jedoch nicht überbewerten, da sie nur ein Indiz für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sind, aus dem jedoch keine Rückschlüsse auf die zu erwartende Qualität der Beratungsleistung geschlossen werden können.

4.1.2.2.2. *Fachlich-technisch*

Nachweisforderungen für die Leistungsfähigkeit in fachlich-technischer Hinsicht sind zu gestalten unter Beachtung des abschließend zu verstehenden Art. 48 Abs. 2 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie und der nationalen Umsetzungsvorschrift, § 13 Abs. 2 VOF. Der Katalog der Nachweismöglichkeiten des § 13 Abs. 2 VOF sollte dabei nicht vollständig ausgeschöpft werden. In den Interviews ging man entsprechend dem Motto „weniger ist mehr“ übereinstimmend davon aus, nur einige wenige Nachweise zu verlangen. In Frage kommen:

- Nachweis der Kompatibilität der Hard- und Software als Beschreibung der technischen Ausrüstung, die dem Bewerber für die Erbringung der Dienstleistung zur Verfügung steht (vgl. § 13 Abs. 2 lit. e) VOF).
- Darstellung des Qualitätsmanagements bzw. der Büroorganisation als Beschreibung der Maßnahmen des Bewerbers zur Gewährleistung der Qualität (vgl. § 13 Abs. 2 lit. f) VOF). Hierbei ist zu beachten, dass nicht zwingend ein Zertifikat über das Bestehen eines Qualitätsmanagements nach DIN EN ISO 9001 zu verlangen ist.

Um den Aufwand bei der Erstellung dieser Nachweise möglichst gering zu halten, bestand große Einigkeit darüber, Eigenerklärungen als Nachweise zuzulassen.

4.1.3. *Zuverlässigkeit*

Die Beurteilung der Zuverlässigkeit erfolgt aufgrund des in der Vergangenheit liegenden Geschäftsgebarens des Bewerbers. Ein Bewerber ist dann als zuverlässig einzustufen, wenn er seinen allgemeinen auftragsbezogenen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und die Gewähr dafür bietet, den Auftrag in sorgfältiger Art und Weise auszuführen.⁴⁷ Den europarechtlichen Hintergrund für dieses Eignungsmerkmal stellen Art. 45 und Art. 46 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie dar. Im Rahmen der Bekanntmachung können die Mindestanforderungen und die Anforderungen an die zu erbringenden Nachweise unter Punkt III.2.1. „Persönliche Lage der Wirtschaftsteilnehmers sowie Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister“ formuliert werden.

4.1.3.1. *Mindestanforderungen*

Das Eignungsmerkmal der Zuverlässigkeit wird konträr zu den Kriterien der Fachkunde und Leistungsfähigkeit nicht positiv sondern negativ bestimmt. Als „zuverlässig“ gilt ein Bewerber, bei dem bestimmte Umstände *nicht* vorliegen. Die Tatbestände, die eine Unzuverlässigkeit des Bewerbes begründen, sind abschließend in Art. 45 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie und in § 11 VOF aufgezählt. Dabei kann zwischen obligatorischen und fakultativen Ausschlussgründen differenziert werden.

Liegen die Voraussetzungen von Art. 45 Abs. 1 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. § 11 Abs. 1 VOF (strafrechtliche Verurteilung) vor, dann ist ein Bewerber grundsätzlich zwingend auszuschließen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur unter den Bedingungen von Art. 45 Abs. 1 UAbs. 3 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie (§ 11 Abs. 3 VOF) möglich. Jenseits dieses vergleichsweise eindeutig zu bestimmenden Falls der Unzuverlässigkeit wegen Strafbarkeit sind im vorliegenden Zusammenhang die folgenden fakultativen Ausschlussgründe von Art. 45 Abs. 2 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie (§ 11 Abs. 4 VOF) erwähnenswert:

⁴⁷ OLG München, Beschluss v. 21.4.2006, Az.: Verg 8/06 = VergabeR 2006, S. 561 (564); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.12.2004, Az.: Verg 48/04 = VergabeR 2005, S. 207 (210).

- Die Unzuverlässigkeit eines Angebotes kann für den Fall angenommen werden, dass über sein Vermögen ein Insolvenz- oder vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde oder das Beratungsunternehmen sich in Liquidation befindet (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. a) und b) EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. § 11 Abs. 4 lit. a) VOF).
- Nach Art. 45 Abs. 2 lit. c) EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie (§ 11 Abs. 4 lit. b) VOF) kann ein Bewerber als unzuverlässig angesehen werden, falls er aus strafrechtlichen Gründen, die seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen, rechtskräftig verurteilt wurde. Die dafür in Frage kommenden Strafgesetze gehen über den Strafkatalog von § 11 Abs. 1 VOF hinaus, sie müssen aber einen Bezug zum Geschäftsverkehr haben, um auf die Unzuverlässigkeit des Angebotes schließen zu können. Das dürfte z.B. der Fall sein bei strafrechtlichen Verurteilungen wegen vollendeter oder versuchter Vorteilsgewährung, Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betrug, Untreue und Urkundenfälschung.⁴⁸
- Des Weiteren kann die Unzuverlässigkeit dadurch begründet werden, dass der Bewerber im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit „eine schwere Verfehlung begangen hat“ (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. d) EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. § 11 Abs. 4 lit. c) VOF). Das ist erst der Fall, falls die Verfehlung schuldhaft begangen wurde und erhebliche Auswirkungen hatte bzw. immer noch hat. Entscheidend ist, dass dem Auftraggeber angesichts des Verhaltens des Bewerbers unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht zugemutet werden kann, mit diesem in vertragliche Beziehungen zu treten. Grundsätzlich fallen darunter auf den Geschäftsverkehr bezogene Ordnungswidrigkeiten oder schuldhaft Verletzungen vertraglicher Beziehungen aus einem früheren Auftragsverhältnis.⁴⁹ Im letzteren Fall ist jedoch zu beachten, dass bei früheren Schlechtleistungen nicht per se eine Unzuverlässigkeit angenommen werden kann. Um eine zurückliegende Vertragsverletzung unter das Merkmal der schweren Verfehlung subsumieren zu können, muss diese derart

⁴⁸ Kulartz/Röwenkamp, in: Müller-Wrede, VOF, 2008, § 11 Rn. 15.

⁴⁹ Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt Gulmann in der Rs. C-71/92, Slg. 1993, I-5923 (5972) Rn. 95.

gravierend gewesen sein, dass dem Auftraggeber ein erneutes Eingehen einer Vertragsbeziehung nicht zumutbar ist. Darüber hinaus ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, ob der Bewerber nicht doch aufgrund von Nachbesserungen die Gewähr für eine erfolgreiche Auftragsausführung bietet.

- Frühere Missachtung der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. e) und f) EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. § 11 Abs. 4 lit. d) VOF) bzw. zur Zahlung von Steuern und Abgaben kann zur Unzuverlässigkeit des Bewerbers führen.

4.1.3.2. *Nachweise*

Die als Beleg für die Zuverlässigkeit zu fordernden Nachweise in Gestalt von Urkunden, Bescheinigungen oder Erklärungen sowie eigener Erfahrung sind zusammengestellt in Art. 45 Abs. 3 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie. Diese Vorschrift ist nur teilweise in der VOF umgesetzt worden (vgl. § 11 Abs. 2 VOF), so dass sie im Hinblick auf den nicht umgesetzten Teil unmittelbar anwendbar ist. Bei der Forderung der Negativbescheinigungen als Nachweis sollte der Auftraggeber sehr zurückhaltend sein, um den Aufwand bei den Bewerbern klein zu halten, da diese andernfalls von einer Bewerbung absehen könnten. Nicht umsonst schreibt Art. 45 Abs. 1 UAbs. 3 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie vor, dass der Auftraggeber *gegebenenfalls*, d.h. wenn er tatsächlich Anhaltspunkte für eine rechtskräftige Verurteilung i.S.v. Art. 45 Abs. 1 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie hat, einen Auszug aus einem Strafregister als Gegenbeweis verlangen kann. Im Hinblick auf die Vorlage der Entlastungsnachweise bei den fakultativen Ausschlussgründen (§ 11 Abs. 4 lit. a) bis d) VOF) sollte die öffentliche Hand Selbstauskünfte genügen lassen, um den Ausschreibungsaufwand möglichst gering zu halten.

4.2. *Weitere Funktion der Eignungskriterien*

Die Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sind Muss-Kriterien. Das bedeutet, dass Bieter die geforderten Mindestanforderungen zwingend erfüllen müssen, um nicht als ungeeignet vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Gemäß § 10 Abs. 1 VOF wählt der Auftraggeber jedoch „unter den Bewerbern, die nicht aufgrund des § 11 ausgeschlossen wurden und die die in den § 12 und § 13 genannten Anforderungen [respektive Mindestanforderungen] erfüllen, diejenigen aus, die

er zu Verhandlungen auffordert.“ Das bedeutet, dass zwischen den bereits als geeignet eingestuften Bewerbern eine weitere Auslese zu treffen ist. Diese Möglichkeit geht auf Art. 44 Abs. 1 und Abs. 3 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie zurück. Danach können die öffentlichen Auftraggeber die Zahl der Bewerber, die sie zur Abgabe von Angeboten auffordern, anhand objektiver und nicht diskriminierender Kriterien begrenzen. Nach den nationalen Umsetzungsvorschriften, insbesondere § 10 Abs. 1 VOF, erfolgt die Auswahl anhand „der erteilten Auskünfte über die Eignung der Bewerber sowie anhand der Auskünfte und Formalitäten, die zur Beurteilung der von diesen zu erfüllenden wirtschaftlichen und technischen Mindestbedingungen erforderlich sind.“ Die Auswahl erfolgt, mit anderen Worten, anhand der Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungs- und Zuverlässigkeit und lässt die Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ zu.⁵⁰ Voraussetzung ist jedoch stets, dass in der Bekanntmachung angegeben wird, anhand welcher Kriterien die Auslese erfolgt (vgl. Art. 44 Abs. 3 Satz 2 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie bzw. § 10 Abs. 3 Satz 1 VOF).

In den Interviews bestand große Einigkeit darüber, die Auswahl der Berater vor allem anhand der inhaltlichen Konkretisierungen der Fachkunde vorzunehmen. Dabei sollte insbesondere die Erfahrung der Berater, die über die Qualität der eingereichten Referenzen einer Bewertung zugänglich ist, als Auswahlkriterium fungieren. Einige empfahlen sogar, die Auswahl allein anhand der Referenzliste zu treffen, räumten aber gleichwohl ein, dass es möglich wäre, zusätzlich die Qualifikation der Berater als weiteres Kriterium einzusetzen und anhand der verlangten berufsbezogenen Lebensläufe zu bewerten. Schließlich erscheint es vor allem bei den wirtschaftlichen und technischen Beratern sinnvoll, das jeweils beschriebene Qualitätsmanagement zu evaluieren und damit ergänzend zu inhaltlichen Konkretisierungen der Fachkunde auch Konkretisierungen der wirtschaftlich-technischen Leistungsfähigkeit zu Kriterien des Ausleseprozesses zu machen.

Andere Aspekte, vor allem die inhaltlichen Konkretisierungen der wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit, wie z.B. Umsatz oder Deckungssumme der Berufshaftpflichtversicherung, sind zwar auch einer abgestuften Bewertung zugänglich, so dass sie theoretisch als Auswahlkriterium aktiviert werden könnten. Aus ihnen lassen sich aber keinerlei Aussagen über die Qualität der Beratung entnehmen. Die Gründe dafür liegen in

⁵⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.10.2003, Az.: VII Verg 43/03 = VergabeR 2004, S. 100 (105).

dem Umstand, dass die unterschiedlich hohen Umsätze grundsätzlich ausschließlich auf strukturelle Unterschiede, vor allem in der Betriebsgröße zurückgehen.

Ähnlich liegen die Umstände beim Merkmal der Zuverlässigkeit. Soweit die Vergabestelle nicht bereits zwingend einen Bewerber ausschließen muss, ist fraglich, warum sie zunächst z.B. trotz eines Insolvenzverfahrens seine Zuverlässigkeit annehme sollte, um dann bei der Auswahl der am besten geeigneten Bewerber dieses Merkmal als negatives Kriterium heranzuziehen. Die inhaltlichen Konkretisierungen der Zuverlässigkeit sind daher als Auswahlkriterien wenig geeignet und sollten nicht verwendet werden.

Nachdem der Auftraggeber die Kriterien festgelegt hat, anhand derer er die Auswahl vornehmen wird, ist es ihm überlassen, diese zu gewichten. Eine vorherige Bekanntgabe der Reihenfolge und Gewichtung der Kriterien wird jedoch weder von § 10 Abs. 3 VOF noch von den europäischen Vorgaben gefordert.⁵¹ Nach Erwägungsgrund 40 der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie ist es nicht einmal zwingend erforderlich, eine Gewichtung vorzunehmen. Entscheidet sich ein öffentlicher Auftraggeber dennoch für eine Gewichtung der Kriterien und nimmt er diese bereits vor der Bekanntmachung vor, dann müssen diese Angaben den Bietern gegenüber mitgeteilt werden und die Vergabestelle bleibt daran gebunden.⁵² In wie weit es empfehlenswert ist, überhaupt eine Gewichtung und falls ja zu welchem Zeitpunkt vorzunehmen, wurde unter den Interviewpartnern unterschiedlich beurteilt. Während bezüglich der Frage des „Ob“ tendenziell für die Vornahme einer Gewichtung plädiert wurde, bestand über den Zeitpunkt ihrer Vornahme kein Konsens. Fest steht aber, dass sie vor Ablauf der Bewerbungsfrist und somit der Kenntnis der Bewerbungen feststehen muss, um Manipulationen zu verhindern.⁵³

Maßstab für die Verteilung der Gewichte innerhalb der Auswahlkriterien ist wiederum der Auftrags-, respektive Beratungsgegenstand. Dem Auftraggeber stehen dabei verschiedene Methoden zur Verfügung. Von den Interviewpartnern wurde vorgeschlagen insbesondere die Erfahrung der Berater in den Vordergrund zu stellen und diese mit 70 oder mehr Prozent zu gewichten. Die Wertung sollte dabei anhand der Referenzen erfolgen, denen jeweils die gleiche Höchstpunktzahl und ein Gewichtungsfaktor zugewiesen wird. Die erlangte Punktzahl wird dann mit dem gewählten Gewichtungsfaktor multipliziert. Die verbleibenden Kriterien, wie z.B. Qualifikation der Berater und das

⁵¹ OLG München, Beschluss v. 28.4.2006, Az.: Verg 6/06 = VergabeR 2006, S. 914 (922).

⁵² EuGH, Urteil v. 12.12.2002, „Universale Bau“, Rs. C-470/99, Slg. 2002, I-11617 = NZBau 2003, S. 162 (167); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29.10.2003, Az.: VII Verg 43/03 = VergabeR 2004, S. 100 (103); OLG München, Beschluss v. 28.4.2006, Az.: Verg 6/06 = VergabeR 2006, S. 914 (922).

⁵³ OLG Bremen, Beschluss v. 14.4.2005, Az.: Verg 1/05 = VergabeR 2005, S. 537(542).

Qualitätsmanagement sollten ebenfalls z.B. mit 20% bzw. mit 10% gewichtet und jeweils mit der derselben Höchstpunktzahl wie die Referenzen bepunktet werden. Die erlangte Punktzahl wäre dann mit dem Gewichtungsfaktor von 20 % bzw. 10 % zu multiplizieren. Anschließend wäre eine Gesamtsumme aus den erlangten Punkten zu bilden. Sollte sich die Vergabestelle dazu entscheiden, die Beratungsleistungen fachlosweise zu vergeben, dann besteht die Möglichkeit für jedes Los die Auswahlkriterien und die Gewichtung zu modifizieren und beispielsweise beim Los „Juristische Beratung“ auf das Kriterium „Qualitätsmanagement“ zu verzichten.

5. Zuschlagskriterien und Gewichtung

Gemäß § 97 Abs. 5 GWB wird der Zuschlag „auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt“. Dieses Gebot wird auf der Ebene der VOF durch § 16 Abs. 4 VOF konkretisiert, wonach der Auftrag mit dem Bewerber geschlossen werden soll, „der aufgrund der ausgehandelten Auftragsbedingungen im Rahmen der vorgegebenen Auftragskriterien die bestmöglich Leistung erwarten lässt.“ Trotz des unterschiedlichen Wortlauts ist der Aussagegehalt beider Normen identisch.⁵⁴ Bei der Entscheidung über die Auftragserteilung kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 16 Abs. 3 VOF verschiedene auf „die erwartete fachliche Leistung bezogene Kriterien, insbesondere Qualität, fachlicher oder technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Kundendienst und technische Hilfe, Leistungszeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist und Preis/Honorar“ berücksichtigen. Ihre Kenntnis ist für die Bieter von größter Bedeutung, da sie die Meßlatte für die Wertung der Angebote bilden. Entsprechend sind alle zur Anwendung vorgesehenen Auftragskriterien von der Vergabestelle gemäß § 16 Abs. 2 VOF „in der Aufgabebeschreibung oder der Vergabebekanntmachung oder der Aufforderung zur Teilnahme an der Verhandlung“ einschließlich ihrer Gewichtung anzugeben.

5.1. Berücksichtigung von personenbezogenen Kriterien bei der Zuschlagserteilung

Zuschlagskriterien sind das Instrument, mit dem die Auswahlentscheidung über das anzunehmende Angebot nach § 16 Abs. 4 VOF vorgenommen wird. Diese Auswahlentscheidung ist strikt vom vorhergehenden Teilnahmewettbewerb zu trennen, dessen Maßstab die Eignungskriterien bilden. Beide Stufen stellen eigenständige Vorgänge im

⁵⁴ OLG Rostock, Beschluss v. 16.5.2001, Az.: 17 W 1/01, 2/01 = VergabeR 2001, S. 315 (317f).

Vergabeverfahren dar und unterliegen unterschiedlichen Regeln. Während die Bewerberauswahl anhand der Eignungskriterien im Sinne von §§ 11, 12, 13 VOF abläuft, wird die Vergabeentscheidung von den Zuschlagskriterien nach § 16 Abs. 3 VOF bestimmt. Diese Trennung hat die nationale Rechtsprechung vor allem im Bereich der VOF nicht immer konsequent beachtet.⁵⁵ Anders der EuGH, der seit der Entscheidung in der Rechtssache „Beentjes“⁵⁶ – zuletzt in der „Lianakis“-Entscheidung⁵⁷ – die Trennung deutlich betont. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass personenbezogene Qualitätsmerkmale stets ausschließlich auf der Stufe der Eignungsprüfung (bzw. Teilnahmewettbewerb) berücksichtigt werden können. Denn der EuGH formuliert, dass nur diejenigen Kriterien als Zuschlagskriterien ausgeschlossen sind, „die im Wesentlichen mit der *Beurteilung der fachlichen Eignung* [diese erfolgt aber ausschließlich anhand Art. 45 - 52 der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie] der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen.“⁵⁸ Personenbezogene Kriterien, wie z.B. Kommunikationsfähigkeit oder Durchsetzungsvermögen, die von der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie der fachlichen Eignung erst gar nicht zugerechnet werden, sind somit nicht als Zuschlagskriterien ausgeschlossen, sondern können im Rahmen von § 16 Abs. 3 VOF berücksichtigt werden. Diese Auslegung der Rechtsprechung des EuGH liegt auf der Linie seiner „GAT“-Entscheidung vom 19.06.2003. Der EuGH stellte in dieser Entscheidung fest, dass die Zahl von Referenzlisten über frühere Projekte kein Wertungskriterium sein könne, weil daraus keine Hinweise entnommen werden könnten, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes dienen. In seiner Begründung macht der EuGH jedoch deutlich, dass der Sachverhalt anders zu beurteilen wäre, falls die Vergabestelle anhand der Referenzlisten geprüft hätte, ob die von diesen Referenzgebern „mit den erworbenen Produkten gemachten Erfahrungen gut oder schlecht waren.“⁵⁹

5.2. *Beurteilungsspielraum*

Ähnlich wie im Hinblick auf den Umgang mit Eignungskriterien wird auch in Bezug auf die Entscheidung über die Erfüllung der Zuschlagskriterien in Rechtsprechung und Literatur

⁵⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.7.2003, Az.: Verg 27/03; OLG Brandenburg, Beschluss v. 13.9.2005, Az.: Verg W 8/05 = VergabeR 2006, S. 261 (266); BayObLG, Beschluss v. 20.8.2001, Az.: Verg 9/01 = NZBau 2002, 348 (350).

⁵⁶ EuGH, Urteil v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635 = NVwZ 1990, 353; vgl. auch EuGH, Urteil v. 19.6.2003, Rs. C-315/01, Slg. 2003, I-6351 = VergabeR 2003, S. 546ff.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 24.1.2008, Rs. C-532/06 = NZBau 2008, S. 262ff.

⁵⁸ EuGH, Urteil v. 24.1.2008, Rs. C-532/06 = NZBau 2008, S. 262 (263).

⁵⁹ EuGH, Urteil v. 19.6.2003, Rs. C-315/01, Slg. 2003, I-6351 (6405) = VergabeR 2003, S. 546 (555).

vom Bestehen eines „Beurteilungsspielraums“ des jeweils betroffenen öffentlichen Auftraggebers ausgegangen. Vielfach ungeklärt bleibt jedoch, worauf sich der Beurteilungsspielraum im Einzelnen erstrecken soll. Bei näherer Betrachtung ist auch hier zwischen der Zusammenstellung der Zuschlagskriterien, der Gewichtung und schließlich der Wertungsentscheidung zu differenzieren:

- Die Festlegung der Zuschlagskriterien ist dem Maßstab von Geeignetheit und Erforderlichkeit im Hinblick auf den jeweiligen Auftragsgegenstand unterworfen und muss insofern auch gerichtlich nachgeprüft werden können. Dabei darf die Nachprüfungsstelle freilich nicht ihre eigene Einschätzung an die Stelle der vom öffentlichen Auftraggeber gebildeten Einschätzung setzen, es kann aber geprüft werden, ob die ausgewählten Zuschlagskriterien der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes dienen⁶⁰ oder in Einklang mit den in § 97 Abs. 1 und 2 GWB enthaltenen allgemeinen Vergabeprinzipien der Wettbewerbslichkeit, der Gleichbehandlung und der Transparenz stehen.⁶¹
- Größer wird der Spielraum bezüglich der Gewichtung der Zuschlagskriterien. Auch sie ist noch vom Auftragsgegenstand her zu bestimmen, steht aber zu diesem jedoch schon nicht mehr in einem ebenso engen Verhältnis wie dies bei der Auswahl der Kriterien der Fall ist. Danach ist der öffentliche Auftraggeber bei der Gewichtung frei, soweit die gewählte Gewichtung und die Gewichtungsmethode „eine Gesamtwürdigung der Kriterien“ ermöglichen, die „der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots“ dienen.⁶²
- Am Größten ist der dem öffentlichen Auftraggeber eröffnete Spielraum schließlich wiederum bei der Wertung der einzelnen Angebote auf der Basis der ausgewählten und gewichteten Zuschlagskriterien. Selbst hier gelten allerdings die allgemeinen rechtsstaatlichen Grenzen jeglicher Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Die Nachprüfungsinstanzen können daher die einzelne Wertungsentscheidung darauf überprüfen, ob von einem zutreffend ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde und ob nicht im Einzelfall andere Kriterien als die bekanntgemachten Kriterien eine

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 19.6.2003, Rs. C-315/01, Slg. 2003, I-6351 (6405) = VergabeR 2003, S. 546 (555); OLG Frankfurt, Beschluss v. 28.02.2006, Az.: 11 Verg 15/05 und 16/05 = VergabeR 2006, S. 382 (386).

⁶¹ VK Sachsen, Beschluss v. 6.6.2003; Az.: 1/SVK/045-03.

⁶² EuGH, Urteil v. 5.12.2003, Rs. C-448/01, Slg. 2003, I-14527 (14577) = VergabeR 2004, S. 36 (42).

Rolle gespielt haben.⁶³ Ferner ist wiederum auf die allgemeinen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung zu achten.

5.3. *Zuschlagskriterien*

! In Anlehnung an Art. 53 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie enthält § 16 Abs. 3 VOF einen Kreis von potenziellen Zuschlagskriterien, der weder zwingend noch abschließend ist (vgl. Wortlaut „insbesondere“). Die öffentliche Hand sollte den ihr gegebenen Freiraum nutzen und verschiedene Kriterien miteinander kombinieren, um die Angebote der ÖPP-Berater im Hinblick auf die „bestmöglich zu erwartende Leistung“ zu bewerten. Bereits beim Workshop am 28.02.2007 bestand große Einigkeit darüber, dass ein Abstellen allein auf das Kriterium des Preises weder adäquat noch in der Regel rechtmäßig ist, da es sich bei der Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen nicht um standardisierbare, sondern um geistig-schöpferische Dienstleistungen handelt, die nicht allein am Preis gemessen werden können. Sowohl im Workshop als auch in den Interviews ist ferner hervorgehoben worden, dass bei der Zuschlagsentscheidung über das Angebot, das die bestmögliche Leistung erwarten lässt, insbesondere das Kriterium der „Qualität“, welches wiederum als eine Art Sammel-Kategorie für andere Kriterien fungiert, eine große Rolle spielen muss. Die öffentliche Hand sollte die Qualität der Beratungsleistungen nicht unterschätzen, da die beauftragten Berater teilweise entscheidend den Erfolg des ÖPP-Projektes, z.B. durch eine rechtssichere Ausgestaltung der Ausschreibung, beeinflussen. Die Auswirkungen einer Beraterauswahl gehen teilweise soweit, dass Unternehmen, die als Kooperationspartner für das spätere ÖPP-Projekt in Frage kommen, von einer Beteiligung an der Ausschreibung absehen, wenn sie erfahren, von welchen Beratern der staatliche Träger des ÖPP-Projekts beraten wird.

5.3.1. *Qualität*

Aus dem Pool der in § 16 Abs. 3 VOF genannten Kriterien kommt für die Entscheidung über die Auftragserteilung von ÖPP-Beratungsleistungen vor allem das Merkmal der Qualität in Betracht. Dabei handelt es sich um einen sehr weiten Begriff, der weiteren Konkretisierungen, z.B. durch Unterkriterien (vgl. zum Umgang mit Unterkriterien unten Ziffer 5.5), zugänglich ist. Dabei hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, inwieweit der Auftraggeber von einer näheren inhaltlichen Bestimmung der Qualität durch Unter-

⁶³ OLG München, Beschluss v. 17.1.2008, Az.: Verg 15/07 = VergabeR 2008, S. 574 (577).

kriterien absieht und zusätzlich selbstständige qualitätsbezogene Zuschlagskriterien formuliert.

Bezugspunkt für die Festlegung ist wiederum der Beratungsgegenstand, so wie er in der Aufgabenbeschreibung charakterisiert worden ist. Da die öffentliche Hand insoweit nur die Vorlage von Konzepten über die Herangehensweise verlangen kann, können folgende Kriterien zur Bestimmung der Qualität der Beratung im weitesten Sinne herangezogen werden:

- Qualität des vorgestellten Konzepts über die Vorgehensweise bei der Beratung für Phase I bis III;
- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Bestandsbeurteilung des Gebäudebestandes;
- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III);
- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise der Projektsteuerung des Beraterteams;
- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise beim Controlling der Planungs- und Bauphase des privaten Partners, etc.

Um diese Konzepte bewerten zu können, wäre es möglich jeweils folgende Unterkriterien zu formulieren:⁶⁴

- » Schlüssigkeit⁶⁵;
- » Projektorganisation⁶⁶;
- » Methodik⁶⁷;

⁶⁴ Die in den nachfolgenden Fußnoten jeweils enthaltenen Hinweise zu den Unterkriterien sind lediglich als Erläuterungen zu verstehen.

⁶⁵ Beispielsweise im Hinblick auf die einzelnen Beratungsschritte oder eine realistische Kalkulation des zeitlichen Aufwandes.

⁶⁶ Beispielsweise im Hinblick auf Vermeidung von Schnittstellen, persönliche Erreichbarkeit der Berater, Einrichtung von Arbeitsgruppen, Kommunikationsmittel, Einbeziehung des Auftraggebers in den geistig-schöpferischen Prozess der Lösung der Aufgaben (z.B. bei der Entwicklung des Finanzierungsmodells), Folgen bei einem Beratungsabbruch.

⁶⁷ Je nach Konzept kann sich das Unterkriterium „Methodik“ auf unterschiedliche Faktoren beziehen, z.B. auf die zum Einsatz kommenden Methoden bei der Bestandsbeurteilung (Vorgehensweise bei Zusammenstellung von Informationen über die Immobilie, Bestandsaufnahme vor Ort, Fotodokumentation usw.), bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Welche Berechnungsmethoden werden verwendet? Installation eines Risikomanagementsystems, Durchführung einer sog. Monte-Carlo-Simulation, Verwendung von sog. Sensitivitäts- und Szenarioanalyse, etc.) bei der Projektsteuerung (Art und Weise der Durchführung des Maßnahme-, Zeit- und Personaleinsatzcontrollings, etc.) beim Controlling (z.B. Vorgehensweise bei der Termin- und Qualitätskontrolle der Planungs- und Bauleistungen).

- » Dokumentation / Art und Weise der Darstellung der Ergebnisse, etc.

Zusätzlich zur Bewertung der einzelnen Konzepte steht es dem öffentlichen Auftraggeber darüber hinaus frei, im Rahmen der Verhandlungen die Bieter ihre Konzepte präsentieren zu lassen. Diese Präsentation ist im Rahmen der Entscheidung über die Zuschlagsentscheidung berücksichtigungsfähig, da die Vergabestelle daraus insbesondere Schlüsse auf die Qualität der Präsentationen, die im Laufe der Beratung vor verschiedenen Gremien (z.B. Stadtrat, Senat, Bürgerversammlung, etc.) erfolgen sollen, ziehen kann. Außerdem gibt die Präsentation Aufschluss über Kommunikationsfähigkeit und Überzeugungskraft der Berater. Diese beiden personenbezogenen Kriterien spielen insbesondere eine Rolle, falls die eingesetzten Berater die öffentliche Hand im Rahmen der Verhandlungen mit den in Frage kommenden privaten Partnern vertreten sollen. Als Kriterien kommen daher in Frage:

- Qualität der Präsentation. Hier sind als Unterkriterien unter anderen denkbar:
 - » Art und Weise der Darstellung;
 - » Einhaltung des Zeitlimits;
 - » Rhetorik.

sowie

- Kommunikationsfähigkeit.
- Überzeugungskraft.

Die beiden zuletzt genannten Kriterien können auch als Unterkriterien des zu erst genannten formuliert werden.

Sollte über die Präsentation hinaus der Auftraggeber die Bieter vor Herausforderung stellen, kleine Testaufgaben zu lösen oder projektbezogene Fragen zu beantworten, dann wären daraus auch Rückschlüsse auf die Qualität der Beratung möglich, so dass als (Unter-) Kriterium zu formulieren wäre:

- Qualität der Antworten auf projektbezogene Fragestellungen⁶⁸.

⁶⁸ Vgl. dazu unten Ziffer 9.2.

5.3.2. *Preis/Honorar*

Das Kriterium des Preises bietet für die nachfolgende Wertung den Vorteil, dass es vergleichsweise einfach zu ermitteln ist, indem eine Relation zwischen den in der Aufgabenbeschreibung festgelegten Beratungsleistungen und den Angaben der Bieter über die hierfür durch den öffentlichen Auftraggeber aufzubringende finanzielle Gegenleistung hergestellt wird. Wichtig ist, dass aus dem Angebot hervorgeht, worauf sich die Angaben beziehen.

Im Zusammenhang mit der Erbringung von ÖPP-Beratungsleistungen ist es denkbar, bei der Gestaltung des Kriteriums Preis/Honorar auf Pauschalen oder Stundenlöhne zurückzugreifen. In den Interviews bestand große Einigkeit darüber, dass die Forderung nach Pauschalpreisen nur sinnvoll ist, falls der Beratungsumfang und -aufwand in der Aufgabenbeschreibung sehr genau dargestellt werden kann. Ansonsten würde die öffentliche Hand sich der Gefahr aussetzen, entweder keine umfassende Beratung zu bekommen oder aber die zusätzlich erforderlichen Beratungsleistungen über vorher nicht absehbare Nachtragsforderungen der Berater vergüten zu müssen. Da für die allermeisten ÖPP-Projekte eine derart genaue Aufgabenbeschreibung nicht möglich sein wird, haben viele Interviewpartner die Zweckmäßigkeit derartiger Klauseln in Frage gestellt. Außerdem wurde darauf hingewiesen, dass Pauschalen oft zur Unzufriedenheit der beauftragten Berater führen und Auswirkungen auf die Qualität der Arbeit haben können. Dies gilt vor allem dann, falls der tatsächliche Aufwand von allen Beteiligten zu ungenau eingeschätzt wurde, was, angesichts der Tatsache, dass sich der Beratungsumfang und -aufwand oft aus dem Projekt selbst heraus generiert, oft der Fall sein dürfte. Es liegt auf der Hand, dass der Beratungsumfang z.B. davon abhängt, ob eine institutionalisierte ÖPP oder ein ÖPP-Vertragsmodell verwirklicht werden soll. Die Entscheidung darüber wird jedoch in vielen Fällen erst im Rahmen der Beratung getroffen werden können. Aufgrund dieser Umstände sollte der Auftraggeber in Erwägung ziehen, die Berater nach Stundensätzen zu vergüten. Der mit einer derartigen Vertragsgestaltung oft in Verbindung gebrachten Befürchtung einer Kostenexplosion kann entgegengewirkt werden, indem die öffentliche Hand die Berater verpflichtet, nach jeder Beratungsphase einen detaillierten Tätigkeitsnachweis einzureichen, anhand dessen eine ex post-Kontrolle der erbrachten Beratungsleistungen möglich ist. Anhand dieser Nachweise kann die öffentliche Hand genauer kontrollieren, inwieweit die Honorarforderung begründet ist. Darüber hinaus ist oben bereits darauf aufmerksam gemacht worden, dass die öffentliche Hand sich ein außer-

ordentliches Kündigungsrecht einräumen lassen sollte.⁶⁹ Mit diesem Instrument wäre sie in der Lage das Beratungsverhältnis zu beenden, falls die Honorarforderungen zu hoch sind und könnte somit Druck auf die eingesetzten Berater ausüben, angemessene und zutreffende Honorarforderungen zu stellen. Darüber hinaus sollte der Auftraggeber darauf achten, den Bieter gegenüber mitzuteilen, dass die anzugebenden Stundenlöhne bereits alle Nebenkosten (z.B. für Kommunikation oder Papier, etc.) enthalten.

! Schließlichs ist in den Interviews auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht worden, pauschale mit variablen Preiselementen zu kombinieren. Dies wäre ohne weiteres möglich, falls die pauschalen Preiselemente sich auf Leistungen beziehen, deren Umfang vor der Beratung ziemlich genau ermittelt werden kann. Das ist vor allem bei Leistungen der Fall, die einen durchführenden Charakter haben und deren Tätigkeitsumfang bereits im Vorfeld der Beratung festgelegt wird oder aufgrund von früheren Erfahrungen ziemlich genau eingeschätzt werden kann. Es wäre daher durchaus möglich z.B. für die Durchführung der Bestandsbeurteilung, für die Führung der Vergabeakte oder die Wahrnehmung der vorab festgelegten Anzahl von Vor-Ort-Terminen Pauschalen zu fordern, während für die geistig-schöpferischen Leistungselemente der Beratung, wie z.B. Ermittlung der Bandbreite von potentiellen Realisierungskonzepten, Entwicklung der ÖPP-Beschaffungsvariante unter Berücksichtigung von rechtlichen und finanziellen Rahmenbedingungen, Erstellung der Vergabeunterlagen, etc., eine variable Preiskomponente in Form von Stundenlöhnen abgefragt werden könnte. Um zu verhindern, dass die Pauschalpreise bewusst zu niedrig angesetzt werden, um anschließend über die variable Preiskomponente diesen Verlust wieder auszugleichen, besteht die Möglichkeit, diese beiden Preiskomponenten unterschiedlich zu gewichten.⁷⁰ Darüber hinaus besteht auch bei diesem Kombinationsmodell für den Auftraggeber die Möglichkeit, einen detaillierten Tätigkeitsnachweis zu verlangen, um die erbrachten Beratungsleistungen zu kontrollieren und ggf. zu monieren.

5.4. *Gewichtung*

Sobald mehr als ein Kriterium bei der Wertung zur berücksichtigen ist, stellt sich die Frage nach der Gewichtung der Kriterien. Insoweit ist § 16 Abs. 2 VOF maßgeblich, der die Umsetzungsvorschrift von Art. 53 Abs. 2 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie darstellt.

⁶⁹ Vgl. bereits oben Ziffer 2.5.5.

⁷⁰ Man könnte z.B. den Stundenlohn höher gewichten als den Pauschalpreis.

Danach hat der öffentliche Auftraggeber die einzelnen Kriterien grundsätzlich zu gewichten und die Gewichtung in der Aufgabenbeschreibung oder der Vergabebekanntmachung oder der Aufforderung zur Teilnahme anzugeben. Diese Gewichtung kann auch mittels einer Marge angegeben werden. In der Praxis hat sich für die Zusammenstellung der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung der Begriff *Bewertungsmatrix* eingebürgert.⁷¹ Ist der öffentliche Auftraggeber aus nachvollziehbaren Gründen der Ansicht, dass eine Gewichtung nicht angegeben werden kann, so gibt er „die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung an.“ Dieser Ausnahmefall dürfte bei der Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen regelmäßig nicht vorliegen. Seine Voraussetzungen könnten in Einzelfällen erst bei der Vergabe des ÖPP-Projekts selbst angenommen werden.

Maßstab für die Verteilung der Gewichte innerhalb mehrerer Zuschlagskriterien ist wiederum der Auftragsgegenstand. Bei der näheren Ausgestaltung der Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien stehen dem Auftragnehmer verschiedene Methoden zur Verfügung. In Anlehnung an die beiden im „PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden“ dargestellten Vorgehensweisen ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere die erste Alternative geeignet.⁷² Danach werden den einzelnen Zuschlagskriterien ein Höchstpunktwert und ein Gewichtungsfaktor zugewiesen. Die zu vergebende Punktzahl für ein Kriterium steigt dann gemessen an der Qualität bzw. fällt mit zunehmendem Angebotspreis. Im Anschluss daran ist die jeweils erlangte Punktzahl mit dem Gewichtungsfaktor zu multiplizieren. Auf das Angebot, welches die größte Summe aus den Multiplikationsergebnissen erhalten hat, ist der Zuschlag zu erteilen. Nahezu übereinstimmend sprachen sich die Gesprächspartner dafür aus, das Kriterium des Preises/Honorars mit maximal 50 % zu gewichten. Empfohlen wurden sogar Werte von 30 % bis 40 %, um das Merkmal der Qualität mit 70 % bis 60 % deutlich in den Vordergrund der Wertung zu rücken.



5.5. *Umgang mit Unterkriterien*

Unterkriterien werden in der Regel herangezogen, um eine differenzierte Bewertung von einzelnen Zuschlagskriterien, vor allem des Kriteriums der „Qualität“, vorzunehmen. Der Rückgriff auf Unterkriterien ist ohne weiteres zulässig, soweit der Auftraggeber diese

⁷¹ Teilweise wird der Begriff „Bewertungsmatrix“ bereits im Zusammenhang mit der Gewichtung der Eignungskriterien als Auswahlkriterien verwendet. Zweifellos handelt es sich dabei auch um eine Matrix. Die öffentliche Hand sollte jedoch darauf achten, eine Doppelverwendung zu vermeiden, um Missverständnissen vorzubeugen oder aber eindeutig festzulegen, in welchem Zusammenhang der Begriff verwendet wird.

⁷² Vgl. ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 8.4.

aufgrund des Transparenzgebotes vorab festlegt und veröffentlicht.⁷³ Darüber hinaus sind die festgelegten Unterkriterien nach Rechtsprechung des EuGH auch im Voraus zu gewichten, falls die Ausarbeitung der Angebote hätte beeinflusst werden können, wäre die Gewichtung bei der Ausarbeitung bekannt gewesen.⁷⁴ Diese Voraussetzung dürfte aber nahezu stets erfüllt sein, da Bieter in aller Regel bei der Angebotserstellung durch die Kenntnis der Gewichtung der Unterkriterien beeinflusst werden.

6. Struktur des Vergabeverfahrens für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen

Erst nachdem die soeben genannten Punkte bewältigt worden sind, kann das eigentliche Verfahren zur Vergabe des Beratungsauftrages beginnen. Dies geschieht in aller Regel durch die Absendung der Bekanntmachung gemäß § 9 Abs. 2 VOF. Der Erfolg des Vergabeverfahrens wird in erheblichem Maße von der Qualität der erbrachten Vorleistungen beeinflusst. Insoweit lässt sich der Schluss ziehen, dass seine Durchführung der „krönende“ Abschluss des in Gang gesetzten Beschaffungsprozesses ist.

In der VOF als maßgebliche Verdingungsordnung für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen ist als Vergabeverfahren ausschließlich das Verhandlungsverfahren normativ erfasst (vgl. § 5 Abs. 1 VOF). Die Frage, inwieweit neben dem Verhandlungsverfahren auch der wettbewerbliche Dialog aufgrund seiner Regelung in § 101 GWB und § 6a VgV in der VOF als Vergabeverfahren herangezogen werden kann, muss im vorliegenden Zusammenhang nicht beantwortet werden, da dieses Verfahren für die Beraterauswahl unsachgemäß ist. Der wettbewerbliche Dialog wurde eingeführt, um zusammen mit Bietern eine Lösung für ein Vorhaben zu erarbeiten und diese Lösung im Anschluss daran zu vergeben. Die Erarbeitung von Lösungen ist bei der Beauftragung von Beratern jedoch die gerade zu erbringende Leistung, im wettbewerblichen Dialog hingegen ist die Erarbeitung der Lösung der Dialog selbst.

6.1. Das Verhandlungsverfahren

In Anlehnung an Art. 1 Abs. 11 lit. d) EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie ist das Verhandlungsverfahren nach der Legaldefinition in § 101 Abs. 4 GWB ein Verfahren, bei dem „sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftrags-

⁷³ EuGH, Urteil v. 24.1.2008, Rs. C-532/06; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.1.2008, Az.: VII-Verg 31/07.

⁷⁴ EuGH, Urteil v. 24.11.2005, Rs. C-331/04, Slg. 2005, I-10109, = NZBau 2006, S. 193ff; vgl. auch OLG München, Beschluss v. 17.1.2008, Az.: Verg 15/07 = VergabeR 2008, S. 574 (576).

bedingen zu verhandeln.“ Daraus wird deutlich, dass die vorherige öffentliche Bekanntmachung und der öffentliche Teilnahmewettbewerb zusammen mit den eigentlichen Verhandlungen im Rechtssinn das Vergabeverfahren in der Vergabeart *Verhandlungsverfahren* bilden.⁷⁵ Aus der Tatsache, dass die öffentliche Bekanntmachung und der sich daran anschließende Teilnahmewettbewerb den gesetzlichen Regelfall bilden, kann der Schluss gezogen werden, dass sich das Verhandlungsverfahren in einen zweistufigen Prozess gliedert. Die erste Stufe setzt sich dabei aus den formalen Elementen der öffentlichen Bekanntmachung und des Teilnahmewettbewerbes zusammen. Dem folgt die zweite Stufe in Form von Verhandlungen, deren Ablauf vom Auftraggeber selbst gestaltet werden kann. Im Vergleich zur ersten bildet die zweite Stufe somit den nicht-förmlichen Teil des Verhandlungsverfahrens. Trotz der förmlichen Elemente der ersten Stufe wird das Verhandlungsverfahren sowohl von der Auftraggeber- als auch Auftragnehmerseite als attraktiv empfunden, weil es auf der zweiten Stufe die Möglichkeit bietet, mit den ausgewählten Bewerbern unter Beachtung der Vergabegrundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung über den genauen Auftragsgegenstand und den Preis zu verhandeln.

6.2. *Verfahrensfristen für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen*

Die VOL/A und VOB/A enthalten mehrere Vorschriften, die teilweise auf Art. 38 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie zurückgehen und Anforderungen an die Festlegung von Fristen in einem Vergabeverfahren stellen. Dabei wird u.a. zwischen einer sog. Bewerbungsfrist, Angebotsfrist, Zuschlagsfrist, Bindefrist und einer Beantwortungsfrist differenziert. Die Bewerbungsfrist ist gemäß § 18a Nr. 2 Abs. 1 VOB/A (vgl. auch § 18a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) der Zeitraum, in dem die Anträge auf Teilnahme einzureichen sind. Daran schließt sich die Angebotsfrist an, die gemäß § 18a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A (vgl. § 18a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) die Frist für den Eingang der Angebote ist. Zuschlags- und Bindefrist i.S.v. § 19 VOB/A (vgl. § 19 VOL/A) vervollständigen die beiden erstgenannten und bezeichnen die Frist für die Prüfung und Wertung der Angebote und den Zeitraum, in dem der Bieter an sein Angebot gebunden ist. Die Beantwortungsfrist ist schließlich eine Aufforderung an den Auftraggeber, zusätzlich angeforderte Auskünfte über die Verdingungsunterlagen und das Anschreiben rechtzeitig zu beantworten (vgl. § 17a Nr. 6 VOB/A bzw. § 18a Nr. 1 Abs. 6 und Nr. 2 Abs. 5 VOL/A).

⁷⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 24.9.2002, Az.: Verg 48/02 = NZBau 2003, S. 349 (351).

Im Unterschied zu dem Vorschriftenkanon in der VOB/A und VOL/A existiert in der VOF allein § 14 VOF, dessen Regelungsgehalt in erster Linie die Bewerbungsfrist tangiert. Gemeinsam ist allen Verdingungsordnungen, dass die Fristen nicht starr vorgegeben, sondern als Mindestfristen zu verstehen und in Abhängigkeit vom Einzelfall festzulegen sind. Dabei bildet der Auftragsgegenstand den Maßstab für die ausreichende Bemessung der Fristen. Teilweise ist dieser allgemeine Grundsatz in Art. 38 Abs. 1 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie gesetzlich fixiert worden. Danach hat der öffentliche Auftraggeber bei der Festsetzung der Fristen für den Eingang der Angebote (Angebotsfrist) und der Anträge auf Teilnahme (Bewerbungsfrist) „unbeschadet der festgelegten Mindestfristen (...), die Komplexität des Auftrags und die Zeit, die für die Ausarbeitung der Angebote erforderlich ist“, zu berücksichtigen.

- *Bewerbungsfrist:* Gemäß § 14 Abs. 1 VOF beträgt diese Frist mindestens 37 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung. Erfolgt die Absendung der Bekanntmachung auf elektronischem Wege, d.h. über das Online-Formular (vgl. sogleich Ziffer 6.3.), kann diese Frist um sieben Tage verkürzt werden. In Fällen besonderer Dringlichkeit ist es möglich, diese Frist unter den Voraussetzungen von § 14 Abs. 2 ausnahmsweise auf mindestens 15 bzw. bei elektronischer Übermittlung auf 10 Tage zu verkürzen. Entsprechend dieser Mindestfrist hat die Vergabestelle in der Bekanntmachung einen Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge festzulegen.
- *Angebotsfrist:* Für die Bestimmung der Angebotsfrist existiert in der VOF keine ausdrückliche normative Grundlage. Trotzdem ist allgemein anerkannt, dass die Vergabestelle auch im Rahmen dieser Verdingungsordnung Angebotsfristen setzen kann, um den Ablauf des Verhandlungsverfahrens effizient und praktikabel zu strukturieren. Im vorliegenden Zusammenhang würde die Angebotsfrist mit der Aufforderung zu Verhandlungen beginnen und den Zeitraum umfassen, den die Bieter zur Verfügung haben sollen, um ihre indikativen Angebote einzureichen. Gemäß dem Grundsatz des Art. 38 Abs. 1 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie hat die Vergabestelle diese Frist entsprechend der Komplexität des Beratungsgegenstandes und der für die Erstellung eines indikativen Angebotes erforderlichen Zeit zu bemessen.

- *Zuschlags- und Bindefrist.* Wie die Angebotsfrist ist die Zuschlags- und Bindefrist in der VOF nicht ausdrücklich geregelt, aber zulässig. Die Frist bezeichnet den Zeitraum, innerhalb dessen die Vergabestelle die Angebote der Bieter zu werten hat und währenddessen der Bieter an sein Angebot gebunden ist. Sie dient daher primär dazu, die öffentliche Hand zu einer zügigen Bewertung der Angebote anzuhalten und sicherzustellen, dass Bieter ihre Angebote nicht zurückziehen. Sie würde unmittelbar mit dem Ablauf der Angebotsfrist beginnen. Da im vorliegenden Zusammenhang in aller Regel der Auftraggeber mit dem Bieter über das abgegebene Angebot verhandeln wird, liegt ihre Aufgabe sinngemäß darin, den Zeitraum anzugeben, bis wann die Verhandlungen und die anschließende Wertung der Angebote abgeschlossen sein sollen. Aufgrund der hier empfohlenen Vorgehensweise, das Verhandlungsverfahren straff und schlank zu organisieren, sollte die Zuschlags- und Bindungsfrist nicht zu großzügig bemessen werden, um einen zügigen Abschluss des Vergabeverfahrens herbeizuführen.
- *Beantwortungsfrist.* Gemäß § 14 Abs. 3 VOF hat die Vergabestelle zusätzlich angeforderte Auskünfte über die Aufgabenstellung bis spätestens 6 Tage vor Ablauf der Bewerbungsfrist zu erteilen. Diese Vorschrift geht auf Art. 40 Abs. 4 der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie zurück, wonach von Bieter nachgefragte zusätzliche Informationen über die Verdingungsunterlagen, etc. vom öffentlichem Auftraggeber spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist zu übermitteln sind. Vor diesem Hintergrund greift § 14 Abs. 3 daher trotz des Wortlautes primär erst nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbes, also auf der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens ein. Sollte im Einzelfall bereits Auskunftsbedarf im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes bestehen, spricht nichts dagegen die Frist von § 14 Abs. 3 VOF analog anzuwenden. Soweit die Auskunftserteilung nicht rechtzeitig möglich ist, sind die Angebotsfristen gemäß § 14 Abs. 4 VOF entsprechend zu verlängern.

Die Vergabestelle ist an die selbst gesetzten Fristen gebunden. Das bedeutet, dass sie diese nicht willkürlich, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen verlängern oder

verkürzen darf.⁷⁶ Werden die gesetzten Fristen von Bewerbern bzw. Bieterinnen versäumt, d. h. wird der Teilnahmeantrag oder das Angebot zu spät eingereicht, dann muss der Auftraggeber diese aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unberücksichtigt lassen.⁷⁷ Im Vergabebericht nach § 18 VOF müssen die Verfahrensfristen dokumentiert werden. Ihre Berechnung richtet sich nach der Verordnung (EWG, EURATOM) Nr. 1182/71 vom 3. Juni 1971.⁷⁸

6.3. *Bekanntmachung*

Aufträge über ÖPP-Beratungsleistungen sind gemäß § 5 Abs. 1 VOF im Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Vergabebekanntmachung (sofern sie den Schwellenwert erreichen, siehe 2.2.2) zu vergeben. Aufgrund dieser Vorgehensweise sollen möglichst viele Beratungsunternehmen in die Lage versetzt werden zu entscheiden, ob sie sich dem Teilnahme- und anschließendem Bieterwettbewerb um den ÖPP-Beratungsauftrag stellen. Die Bekanntmachung hat daher grundsätzlich bieterschützenden Charakter und soll den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen und Chancengleichheit hinsichtlich der verfügbaren Zeit zur Erstellung eines vollständigen Teilnahmeantrages wahren. Der öffentliche Auftraggeber darf nicht im weiteren Verlauf der Ausschreibung von den in der Bekanntmachung veröffentlichten Angaben (z.B. über die Anforderungen an die Eignung der Bieter) abweichen.⁷⁹ Ihm ist es darüber hinaus gemäß § 9 Abs. 4 Satz 4 VOF untersagt, die Bekanntmachung vor dem Tag der Absendung an das Amt für die amtlichen Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften in nationalen Medien zu veröffentlichen.

Ein Verzicht auf die europaweite Bekanntmachung ist nur unter den Voraussetzungen des Ausnahmekataloges von § 5 Abs. 2 VOF zulässig. Dessen Voraussetzungen sind bei der Beauftragung von Beratern für ÖPP-Projekte in aller Regel nicht erfüllt. Allenfalls bei der Beauftragung von technischen Beratern könnte die Ausnahme von § 5 Abs. 2 b) VOF greifen, wenn der Gegenstand der Beratung derart komplex ist, dass in ganz Europa nur ein Unternehmen zur Durchführung der Beratung in der Lage wäre oder der Berater ein für die Leistungserbringung essentielles Ausschließlichkeitsrecht (z.B. ein Patent) besitzen würde.

⁷⁶ Vgl. dazu ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 4.6.

⁷⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.1.2002, Az. Verg 36/01 = VergabeR 2002, S. 169 (170).

⁷⁸ ABl. 1971, L 124/1.

⁷⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.11.2002, Az. VII-Verg 56/02; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.9.2003, Az. VII-Verg 26/03.

Die Bekanntmachung ist gemäß § 9 Abs. 2 VOF in der Form des in Anhang II der EG-Verordnung Nr. 1564/2005⁸⁰ enthaltenen Musters zu erstellen. Es ist empfehlenswert (aber keine Pflicht) die Angaben elektronisch per Online-Formular⁸¹ an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften zu übermitteln. In diesem Fall wird die Bekanntmachung spätestens nach fünf und nicht nach zwölf Tagen nach der Absendung veröffentlicht.

Die Anforderungen an den Inhalt der Bekanntmachung ergeben sich ebenfalls aus § 9 Abs. 2 VOF. Sie dienen vor allem der Konkretisierung des Transparenzgebotes aus § 97 Abs. 1 GWB und der Eröffnung von Wettbewerb in größtmöglichem Umfang bei der Ausschreibung der benötigten Beratungsleistungen. § 9 Abs. 2 VOF bildet darüber hinaus die Umsetzung der europäischen Vorgaben aus der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (vgl. Art. 36 VKR i.V.m. Anhang VII Teil A). Durch diese sind einige Anforderungen verschärft worden, weshalb ältere Formulare Sammlungen und Leitfäden nicht mehr ohne weiteres verwendet werden können. Der Vergabestelle ist grundsätzlich kein Ermessen über den Inhalt der Bekanntmachung eingeräumt. Diese ist entsprechend dem EU-Muster zu erstellen, es sei denn die VOF oder das Musterformular selbst räumen der ausschreibenden Stelle einen Gestaltungsspielraum ein (vgl. z.B. § 4 Abs. 6 VOF; § 5 Abs. 1 VOF und § 16 Abs. 2 VOF). In den Interviews bestand Konsens darüber, dass der Auftraggeber über die zwingend erforderlichen Angaben in der Bekanntmachung hinausgehen und darauf hinweisen sollte, dass auf Wunsch den Bewerbern die Aufgabenbeschreibung mitgeteilt wird. Dies ist zulässig⁸² und wurde von den Interviewpartnern als sehr sinnvoll empfunden, um eine genauere Referenzauswahl treffen zu können.

Abzugrenzen ist die Bekanntmachung i.S.v. § 5 Abs. 1 VOF i.V.m. § 9 Abs. 2 bis Abs. 4 VOF von der sog. Vorinformation nach § 9 Abs. 1 VOF. Danach haben die Auftraggeber „sobald wie möglich nach Beginn des jeweiligen Haushaltsjahres eine unverbindliche Bekanntmachung unter Verwendung des Musters nach Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften ... über den vorgesehenen Gesamtwert der Aufträge für freiberufliche Leistungen nach Anhang I A, die in den folgenden zwölf Monaten vergeben werden sollen, sofern der [geschätzte] Wert mindestens 750.000 € beträgt“ zu veröffentlichen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass



⁸⁰ EG-Verordnung Nr. 1564/2005 v. 7.9.2005, ABI. L 257 v. 1.10.2005, S. 1ff.

⁸¹ Abrufbar unter <http://simap.europa.eu/>. Für die Benutzung der Online-Formulare ist ein sog. „Login“ notwendig. Diesen kann man ebenda unbürokratisch online erstellen.

⁸² OLG München, Beschluss v. 28.4.2006, Az.: Verg 6/06 = VergabeR 2006, S. 914 (924).

die meisten ÖPP-Beratungsaufträge derartige Wertgrenzen nicht erreichen bzw. überschreiten.

7. Neutralitätssicherung

7.1. Unabhängigkeit der Leistungserbringung

Am Beginn der Durchführung eines ÖPP-Prozesses haben viele öffentliche Auftraggeber den nachvollziehbaren Wunsch, die jeweils erforderlichen Beratungsleistungen der Phase I bis III als Gesamtpaket auszuschreiben. Geschieht dies, dann entsteht die folgende Problemstellung: Die wirtschaftliche Beratung der Phase I und II (auch „Machbarkeitsstudie“ genannt, vgl. dazu bereits oben Ziffer 2.) endet mit der Durchführung der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die die Grundlage für die politische Entscheidung für oder gegen das ÖPP-Projekt darstellt. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass die politischen Entscheidungsträger sich regelmäßig gegen das ÖPP-Projekt entscheiden werden, falls die vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nicht zu Gunsten des ÖPP-Projekts ausfällt. Ohne besondere Vorkehrungen ist bei dieser Ausgangslage die Versuchung für den beauftragten Berater nicht von der Hand zu weisen, die vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ergebnisorientiert durchzuführen, um die ausstehende Entscheidung positiv zu beeinflussen und damit seinen eigenen Beratungsaufwand aufrecht zu erhalten (Beratungsleistungen der Phase III). Unter diesen Voraussetzungen besteht für die öffentliche Hand die Gefahr, sich für ein Projekt zu entscheiden, das die prognostizierten Effizienzvorteile nicht erreicht.

Der Verdingungsordnungsgeber hat dieses Gefahrenpotenzial erkannt und § 4 Abs. 4 VOF geschaffen. Danach soll die Durchführung der freiberuflichen Leistung „unabhängig von Ausführungs- und Lieferinteressen erfolgen“. Mit anderen Worten soll mit dieser Bestimmung sichergestellt werden, dass der Auftragnehmer seine Leistung allein im Interesse des Auftragsgebers – also ohne über den Beratungsauftrag hinausgehende Eigen- oder Drittinteressen – erbringt. Bislang ist die normative Bedeutung des § 4 Abs. 4 VOF allein in einer „Dreier-Konstellation“ thematisiert worden. Danach soll diese Bestimmung den Auftraggeber vor der Gefahren einer Interessenkollision schützen, die entstehen können, wenn ein Planungsbüro (z.B. ein Architektenbüro) mit einem

ausführenden dritten Unternehmen (in der Regeln ein Bauunternehmen) personell oder durch eine Kapitalverflechtung verbunden ist.⁸³

Nach dem Wortlaut von § 4 Abs. 4 VOF ist jedoch nicht zwingend eine „Dreier-Konstellation“ als Tatbestandsvoraussetzung erforderlich. Die freiberufliche Leistung soll vielmehr generell frei von Ausführungsinteressen sein, ohne dass es darauf ankommt, ob es sich dabei um Ausführungsinteressen eines Dritten oder um die des Auftragnehmers handelt. Das Ziel von § 4 Abs. 4 VOF ist die Neutralität der Leistung und nicht die Unabhängigkeit des Leistungserbringers, so dass der normative Gehalt dieser Vorschrift bereits eine Situation erfasst, in der die Planungsleistung eines beauftragten Beratungsunternehmens von eigenen Interessen im Hinblick auf die noch ausstehende Ausführung tangiert werden kann und damit nicht mehr uneingeschränkt der Präferenz des Auftraggebers entsprechen könnte.

Nach obergerichtlicher Rechtsprechung enthält diese Vorschrift jedoch *keinen* Generalverdacht, wonach bei einer Verflechtung zwischen dem planenden und ausführenden Unternehmen oder bei Eigeninteressen eine unabhängige Leistungserbringung stets unmöglich wäre.⁸⁴ Insoweit ist es im ersten Fall nicht rechtmäßig, einen Berater im Sinne eines Automatismus zwingend auszuschließen, und im zweiten Fall nicht unbedingt erforderlich, die wirtschaftliche Beratung der Phase I und II von den erforderlichen Beratungsleistungen der Phase III zu trennen. § 4 Abs. 4 VOF enthält vielmehr eine normative Aufforderung an den Auftraggeber, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um auftretende Konfliktfälle zu verhindern bzw. zu entschärfen und eine operative Neutralität der Leistungserbringung zu sichern.⁸⁵ Die Interviewpartner waren sich beispielsweise einig, dass es möglich wäre, im Rahmen der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ein Risikomanagement einzubauen und die Belastbarkeit der ermittelten Effizienzgewinne anhand von Szenario- und Sensitivitätsanalysen durchzurechnen.⁸⁶ Diese Vorgehensweise würde es der öffentlichen Hand erlauben, die Ergebnisse kritisch zu prüfen und anschließend z.B. in einem Workshop mit dem wirtschaftlichen Berater zu hinterfragen und damit zu kontrollieren, ob die Berechnung objektiv, d.h. an den Interessen der öffentlichen Hand orientiert, vorgenommen wurde. Um als Auftraggeber sicherzugehen,



⁸³ VK Mecklenburg-Vorpommern, 1 VK 1/02, Beschluss v. 4.3.2002.

⁸⁴ OLG Stuttgart, Beschluss v. 28.11.2002, Az.: 2 Verg 14/02 = NZBau 2003, S. 517 (520); VK Bund, Beschluss v. 17.04.2000, Az.: VK 1-5/00 = NZBau 2000, S. 580; VK Bund, Beschluss v. 23.08.2006, Az.: VK 3 -96/06.

⁸⁵ OLG Stuttgart, Beschluss v. 28.11.2002, Az.: 2 Verg 14/02 = NZBau 2003, S. 517 (520).

⁸⁶ Vgl. Leitfaden „Public Private Partnership. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten“, April 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 4.3.3.5.

dass der wirtschaftliche Berater ein Risikomanagement installiert, wäre eine derartige Forderung in der Aufgabebeschreibung aufzunehmen.⁸⁷ Darüber hinaus wäre es möglich, die Qualität des jeweils einzusetzenden Risikomanagements im Rahmen der Wertung zu evaluieren und damit zu einem Qualitätskriterium der Beratung zu machen.⁸⁸ Um den Aufwand gering zu halten, wäre es schließlich alternativ auch möglich, auf interne Sachverständige, z.B. die PPP-Task Force, zurückzugreifen und mit deren Unterstützung die Ergebnisse des Beschaffungsvariantenvergleichs auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen.

7.2. *Ausschluss voreingenommener Personen (§ 16 VgV)*

Während § 4 Abs. 4 VOF primär sicherstellen soll, dass die zu erbringenden Beratungsleistungen ohne Ausführungs- und Lieferinteressen erbracht werden, zielt § 16 VgV darauf, die Neutralität des öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe des Beratungsauftrages zu gewährleisten. Auf Auftraggeberseite dürfen bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren keine natürlichen Personen beteiligt sein, die sowohl in der Interessenssphäre des Auftraggebers als auch der Bieter oder Bewerber liegen. Diese Anforderungen gelten ohne Einschränkung auch bei der Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen und wurden in einem früheren Leitfaden bereits ausführlich dargestellt.⁸⁹

7.3. *Projektantenproblematik*

Um die Chancengleichheit von Bietern um einen öffentlichen Auftrag zu gewährleisten, ist es prinzipiell problematisch, Bieter an einem Vergabeverfahren zu beteiligen, die bereits im Vorfeld der Ausschreibung Beratungs- bzw. Unterstützungsleistungen für den Auftraggeber erbracht haben, da sie aufgrund ihrer Vorbefassung über einen Wettbewerbsvorteil verfügen können (sog. Projektantenproblematik). Trotz des Potenzials von Wettbewerbsverzerrungen hat der EuGH in der Rechtsache „Fabricom“ entschieden, dass ein vorsorglicher Ausschluss des Projektanten von einem Vergabeverfahren gegen das Diskriminierungsverbot der Richtlinien verstößt, falls dem Bieter nicht die Möglichkeit gegeben wird, zu beweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalls die von ihm erworbene Erfahrung den Wettbewerb nicht verfälschen können.⁹⁰ Diese Rechtsprechung nahm der nationale Verordnungsgeber zum Anlass, diese Problematik in § 4

⁸⁷ Vgl. oben Ziffer 2.5.

⁸⁸ Vgl. oben Ziffer 5.3.1.

⁸⁹ ÖPP im öffentlichen Hochbau, Band II, August 2003, abrufbar unter: www.bmbvs.de/Anlage/original_998733/Gutachten-ÖPP-im-oeffentlichen-Hochbau-Band-2-Teilband-2.pdf, S. 344ff.

⁹⁰ EuGH, Urteil v. 3.3.2005, verb. Rs. C-21/03 und C-34/03, Slg. 2005, I-1559 = NZBau 2005, S. 351ff.

Abs. 5 VgV gesetzlich zu fixieren. Danach „hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch Teilnahme [eines] Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird,“ falls dieser „Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt hat.“ Zwar ist § 4 Abs. 5 VgV unmittelbar nur im Rahmen der VOL/A und aufgrund von § 6 Abs. 3 VgV auch im Bereich der VOB/A anwendbar, doch der Rechtsgedanke von § 4 Abs. 5 VgV ist gleichwohl in der VOF heranzuziehen, da die Rechtsprechung des EuGH auf den Vergabeprinzipien beruht, die auch in der VOF gelten.⁹¹

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Projektantenproblematik in zwei Konstellationen vorstellbar. Zum einen falls der Auftraggeber sich im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Vergabeverfahrens für die Beraterauswahl von einem Beratungsunternehmen, z.B. bei der Erstellung der Aufgabenbeschreibung, unterstützen lässt. Zum anderen falls sich die Vergabestelle (z.B. aufgrund von § 4 Abs. 4 VOF)⁹² dazu entscheidet, die Beratungsleistung chronologisch zu trennen und zunächst allein Beratungsleistungen der Phase I und II, und erst darauf aufbauend die Beratungsleistungen der Phase III auszuschreiben. Derjenige Berater, der bereits Beratungsleistungen der Phasen I und II erbracht hat, ist im Hinblick auf das sich anschließende Vergabeverfahren für die Beratungsleistungen der Phase III als Projektant anzusehen, da in aller Regel die zu lösenden Aufgaben der Phase III von den Beratungsergebnissen der Phase I und II beeinflusst werden.

Für den Fall, dass der Auftraggeber sich im Rahmen der Vorbereitung zur Ausschreibung eines ÖPP-Projekts von einem Berater unterstützen lässt, dessen Tätigkeit einer „Muttergesellschaft“ zugerechnet werden kann, die sich später um den ÖPP-Auftrag bewirbt, liegt ebenfalls eine Projektantenproblematik vor. Diese entsteht aber nicht auf der Ebene der Vergabe der ÖPP-Beratungsleistungen, sondern auf der Ebene der Vergabe des ÖPP-Projekts selbst. Der Projektant ist in diesem Fall die „Muttergesellschaft“, der die Beratungsleistungen des Beraters zugerechnet werden.⁹³

Wie der Informationsvorsprung auszugleichen ist, um eine Wettbewerbsverfälschung durch die Teilnahme des Projektanten zu verhindern, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Entscheidend ist dabei, inwieweit der durch das überlegene Wissen erlangte Wettbewerbsvorsprung tatsächlich besteht und nivelliert werden kann, um einen

⁹¹ VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 30.3.2007, Az.: 1 VK 06/07.

⁹² Vgl. dazu oben Ziffer 7.1.

⁹³ Vgl. dazu ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 5.2.

Ausschluss des Projektanten zu vermeiden.⁹⁴ Entscheidend ist somit die Gestaltung des Verfahrens, in dem der Projektant nunmehr als Bieter auftritt. Wichtige Punkte sind dabei umfassende und transparente Vergabeunterlagen, die alle im Vorfeld den einzelnen Bietern bekannten Informationen aufnehmen, die Zurverfügungstellung der Ergebnisse der früheren Projektantentätigkeit oder das Setzen angemessener Fristen für die Angebotserstellung durch die nicht als Projektant tätig gewesenen anderen Bieter. Dabei ist darauf zu achten, dass der öffentliche Auftraggeber sich ggf. das geistige Eigentum an der Ergebnisse der Projektantentätigkeit sichern sollte,⁹⁵ um diese den anderem Mitbewerbern zur Verfügung stellen zu können. Im Vergabevermerk sind die getroffenen Ausgleichsmaßnahmen nachvollziehbar und ausführlich durch die Vergabestelle zu dokumentieren.

8. Teilnahmewettbewerb (§ 10 VOF)

8.1. Allgemein

Der Teilnahmewettbewerb gibt dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, diejenigen Beratungsunternehmen auszuwählen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Er hat somit eine Filterfunktion und steigert die Verfahrenseffizienz. Maßstab für die Auswahl der Bewerber sind die bereits erörterten Eignungskriterien und deren Konkretisierungen, welche bereits in der Bekanntmachung zu veröffentlichen sind.⁹⁶ Darüber hinaus steht es dem Auftraggeber frei, Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb⁹⁷ zu erstellen und darin die maßgeblichen Fristen, sonstigen Form- und Verfahrenserfordernisse, sowie die vorzulegenden Eignungsnachweise konzentriert zusammenzufassen.⁹⁸

8.2. Auswahl einer begrenzten Anzahl von Bewerbern

Der Teilnahmewettbewerb gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, anhand von vorab festgelegten Kriterien die Anzahl der geeigneten Bewerber weiter zu begrenzen und allein mit den am besten geeigneten in Verhandlungen zu treten.⁹⁹ Voraussetzung dafür ist, dass die Vergabestelle neben der Publikation der Auswahlkriterien in der Bekannt-

⁹⁴ Vorab ist dem betroffenen Bieter die Möglichkeit zu geben, nachzuweisen, dass nach den Umständen des Einzelfalls seine Tätigkeit für den Auftraggeber nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung geführt hat. Vgl. EuGH, Urteil v. 3.3.2005, verb. Rs. C-21/03 und C-34/03, Slg. 2005, I-1559 = NZBau 2005, S. 351ff.

⁹⁵ Vgl. bereits oben Ziffer 2.5.6.

⁹⁶ Vgl. bereits oben Ziffer 4.

⁹⁷ In der Literatur werden diese Unterlagen teilweise auch als „Bewerbungsbedingungen“ bezeichnet.

⁹⁸ Vgl. dazu Ziffer 13.1. Formulierungsbeispiel: „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“.

⁹⁹ Vgl. bereits oben Ziffer 4.2.

machung dort auch Angaben über die Anzahl der aufzufordernden Bewerber macht. Dabei hat der Auftraggeber drei verschiedene Möglichkeiten:

1. Die Anzahl der aufzufordernden Bewerber wird genau festgelegt.
2. Es wird eine Mindestzahl festgelegt.
3. Es wird eine Marge (Mindestzahl – Höchstzahl) festgelegt.

Bei der Festlegung der Zahl ist schließlich § 10 Abs. 2 VOF (vgl. auch Art. 44 Abs. 3 UAbs. 3 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie) zu beachten. Danach darf „die Zahl der zur Verhandlung aufgeforderten Bewerber (...) bei hinreichender Anzahl geeigneter Bewerber nicht unter drei liegen“. Unter den Interviewpartnern bestand großer Konsens, dass der Auftraggeber sich die größtmögliche Flexibilität bei der Auswahl der Berater aufrechterhalten und daher auf eine genaue Festlegung der Zahl verzichten sollte. Favorisiert wurde die Möglichkeit, entweder eine Mindestzahl oder eine Marge anzugeben. In beiden Fällen sollte der Auftraggeber aber darauf achten, das Verfahren schlank zu halten und in der Regel nicht mehr als sechs Bewerber zu Verhandlungen aufzufordern. Sind die Beratungsleistungen losweise ausgeschrieben worden, wäre die beabsichtigte Zahl der aufzufordernden Bewerber auf jedes Los zu beziehen.

Sollte sich im Teilnahmewettbewerb herausstellen, dass sich nur zwei oder nur ein Unternehmen um die Teilnahme beworben haben oder weniger als drei Bewerber die geforderten Mindestanforderungen erfüllen, dann kann gemäß Art. 44 Abs. 3 UAbs. 3 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie das Verfahren mit dem oder den beiden Bewerber(n) fortgesetzt und die grundsätzlich erforderliche Mindestzahl von drei Verhandlungspartnern unterschritten werden.

8.3. *Prüfung der Teilnahmeanträge*

Die Prüfung der Teilnahmeanträge erfolgt in vier aufeinander folgenden Phasen:

1. In der *ersten Phase* sind diejenigen Bewerber zu ermitteln, die nach den Ausschlusskriterien des § 11 VOF wegen Unzuverlässigkeit zwingend auszuschließen sind oder ausgeschlossen werden können.
2. Im Anschluss daran folgt die *zweite Phase*, die Prüfung der wirtschaftlich-finanziellen Leistungsfähigkeit des jeweiligen Bewerbers gemäß § 12 VOF.

3. Die Überprüfung der Fachkunde bzw. der fachlich-technischen Leistungsfähigkeit des Bewerbers gemäß § 13 VOF bildet schließlich die *dritte Phase*.
4. Zuletzt folgt die *vierte Phase*, in der der Auftraggeber anhand Konkretisierung der Eignungskriterien die aus seiner Sicht für den Beratungsauftrag am besten geeigneten Bewerber auswählt.¹⁰⁰

Bislang noch ungeklärt ist der Umgang mit unvollständigen Teilnahmeanträgen. Teilweise verlangen Nachprüfungsinstanzen in diesen Fällen einen zwingenden Ausschluss (auf Grundlage von § 10 Abs. 1 VOF i.V.m. dem Gleichbehandlungsgebot von § 97 Abs. 2 GWB¹⁰¹). Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass gemäß § 11 Abs. 4 lit. e) a.E. VOF (vgl. auch Art. 45 Abs. 2 lit. g) EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie) der Ausschluss eines Bewerbers im Ermessen des Auftraggebers liegt, falls die verlangten Auskünfte unberechtigterweise nicht erteilt werden.

8.4 *Umgang mit Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaften*

Treten Bewerber als Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaften auf, dann sind sie grundsätzlich wie Einzelbewerber zu behandeln. Weitere Ausführungen zum Umgang mit Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaften können dem bereits erschienen Vergaberechtsleitfaden entnommen werden und sind auf den vorliegenden Zusammenhang übertragbar.¹⁰²

8.5 *Mitteilung an ausgeschiedene Bewerber*

Unmittelbar nach Durchführung der Auswahlentscheidung ist es zwar nicht gesetzlich vorgegeben, aber empfehlenswert, alle nicht berücksichtigten Bewerber unter stichwortartiger Angabe der Gründe über ihre Nichtberücksichtigung zu informieren. Aufgrund dieser Vorgehensweise entsteht für die unterlegenen Aspiranten unmittelbar eine Rügepflicht, so dass ggf. bestehende Einwände in einem zeitnahen Nachprüfungsverfahren geklärt werden können. Wird die Nichtberücksichtigung hingegen nicht unverzüglich gerügt, kann die Auswahlentscheidung auch nicht mehr zum Gegenstand eines späteren Nachprüfungsverfahrens gemacht werden.

¹⁰⁰ Vgl. dazu bereits oben Ziffer 4.2.

¹⁰¹ VK Bund, Beschluss v. 10.5.2001, Az.: VK 1-11/01.

¹⁰² Vgl. ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 7.5.

Nach Art. 2a der erst vor kurzem erlassenen Richtlinie 2007/66/EG¹⁰³ zur Änderung der Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG¹⁰⁴ hätte die Information der ausgeschiedenen Bewerber über ihre Nichtberücksichtigung den Vorteil, dass diesen gegenüber eine Vorabinformation vor Erteilung des Zuschlages nicht mehr erfolgen muss. Inwieweit diese Erleichterung für den öffentlichen Auftraggeber durch den nationalen Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung aufgegriffen wird, bleibt abzuwarten.

9. Verhandlungsverlauf

9.1. Allgemein

Im Anschluss an den Teilnahmewettbewerb folgt gemäß § 16 Abs. 1 VOF die Aufforderung der ausgewählten Bewerber zu Verhandlungen. Diese markiert den Beginn der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens und muss gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 VOF mindestens die Aufgabenbeschreibung oder eine Angabe, wie diese elektronisch abgerufen werden kann und einen Hinweis auf die veröffentlichte Bekanntmachung enthalten. Darüber hinaus wäre es möglich und empfehlenswert, die Aufforderung zur Verhandlungen als Medium zu nutzen, um die Bieter über den vorgesehenen Verhandlungsverlauf zu informieren. Die Gestaltung des Ablaufs der Verhandlungen mit den ausgewählten Bewerbern ist gesetzlich nicht determiniert. Aus diesem Grund hat es der Auftraggeber unter Beachtung der Vergabegrundsätze von § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB selbst in der Hand, den Ablauf der zweiten Stufe nach seinen Bedürfnissen zu gestalten.¹⁰⁵ Soweit ihm die Gestaltung bekannt ist, ist er aufgrund des Transparenzgrundsatzes verpflichtet, diesen den Bietern gegenüber mitzuteilen und davon nicht überraschend abzuweichen.¹⁰⁶

9.2. Gestaltungsmöglichkeiten

Aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers ist es empfehlenswert, vor Beginn der Verhandlungen den Bietern eine angemessene Angebotsfrist zu setzen und sie zur Abgabe von indikativen Angeboten aufzufordern.¹⁰⁷ Nach Ablauf dieser Frist sollte die

¹⁰³ EG-Richtlinie 2007/66/EG v. 11.12.2007, ABl. 2007, Nr. L 335, S. 31ff.

¹⁰⁴ Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG v. 21.12.1989, ABl. 1989, Nr. L 395, S. 33ff.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Ziffer 13.2. Formulierungsbeispiel: „Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln im Verhandlungsverfahren“.

¹⁰⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.6.2003, Az.: Verg 15/03.

¹⁰⁷ Vgl. dazu bereits oben Ziffer 6.2.

Vergabestelle die eingegangenen Angebote einer formellen Prüfung unterziehen und im Falle von fehlenden Angaben eine Nachbesserung verlangen.¹⁰⁸ Erst im Anschluss daran sollte sie in Verhandlungen mit den einzelnen Bietern treten.

! In den Interviews ist darauf hingewiesen worden, dass die vor allem bei der Vergabe von ÖPP-Projekten zum Einsatz kommenden Verfahrensgestaltungen, das sog. „preferred bidder Verfahren“ (auch als „lineare Strategie“ bezeichnet) und das sog. Abschichtverfahren (auch als „parallele Strategie“ bezeichnet), grundsätzlich für die Beauftragung von ÖPP-Beratern zu aufwendig sind.¹⁰⁹ Der Auftraggeber sollte bei der Ausgestaltung des Verhandlungsverlaufs den bereits erwähnten Grundsatz „weniger ist mehr“ beachten und sich darauf konzentrieren, ein schlankes Verhandlungsverfahren durchzuführen.¹¹⁰ Unter den Gesprächspartnern bestand Konsens darüber, dass für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen in aller Regel eine Verhandlungsrunde, die mit einer Präsentation des jeweiligen Angebotes beginnen sollte, ausreichend ist. Dem Auftraggeber steht es dabei frei, an die Präsentation bestimmte Vorgaben zu stellen und z.B. ein Zeitlimit zu setzen oder eine bestimmte Schwerpunktsetzung (z.B. Darstellung der Konzepte über die Vorgehensweise bei der Beratung) zu verlangen. Darüber hinaus kann der Auftraggeber festlegen, dass der Präsentation politische Entscheidungsträger des späteren ÖPP-Projekts, die mit den Beratern teilweise zusammenarbeiten werden, beiwohnen. Schließlich machten mehrere Gesprächspartner den Vorschlag, nach der Präsentation den einzelnen Beratern fachliche bzw. projektbezogene Fragen zu stellen¹¹¹ und die Qualität der Antworten im Rahmen der Wertung zu berücksichtigen. Im Anschluss daran wäre es möglich, über offene oder noch klärungsbedürftige Punkte Verhandlungsgespräche zu führen. Diese können sich sowohl auf den Auftragsgegenstand als auch auf den Preis bzw. das Honorar beziehen. Wichtig ist dabei, dass der Auftraggeber bei den Verhandlungen den Grundsatz der Vertraulichkeit beachtet¹¹², und dass trotz Verhandlungen die Identität der ausgeschriebenen Beratungsdienstleistungen bestehen bleibt.¹¹³ Das ist z.B. nicht mehr der Fall, falls qualitativ und/oder quantitativ gravierende Änderungen des Auftragsgegenstandes vorgenommen werden. Soweit es nach den

¹⁰⁸ Vgl. dazu sogleich Ziffer 10.1.

¹⁰⁹ Vgl. zu diesen beiden Gestaltungsformen des Verhandlungsverfahrens ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 4.4.

¹¹⁰ Vgl. bereits oben Ziffer 4.1.1.2.

¹¹¹ z.B. Wie würde Sie auf eine Bürgerinitiative, die sich gegen das Projekt wendet, reagieren?

¹¹² VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 12.1.2004, Az.: 1 VK 74/03.

¹¹³ OLG Dresden, Beschluss v. 11.4.2005, Az.: WVerG 5/05 = NZBau 2006, 469 (471).

Verhandlungen erforderlich ist die Angebote zu überarbeiten, sollte die Vergabestelle den Bietern diese Möglichkeit innerhalb einer angemessenen Frist einräumen, um dann die eingereichten Angebote ohne eine erneute Präsentation abschließend zu bewerten.

Schließlich sollte die Vergabestelle einen Präsentations-Marathon vermeiden und die jeweiligen Präsentationen und Verhandlungsgespräche auf mehrere Tage verteilen. Es ist beispielsweise ohne weiteres möglich, pro Tag nur zwei Berater zu einer Präsentation und zu Verhandlungen einzuladen. Diese Vorgehensweise ermöglicht es auch, die jeweiligen Präsentationstermine flexibel zu verwalten und ggf. zu verschieben.

10. Wertung der Angebote

Die Wertung der Angebote kann in zwei Schritten erfolgen und sowohl den Anfang als auch den Abschluss der Verhandlungen bilden. Der Auftraggeber könnte z.B. noch vor Beginn der Verhandlungen eine *formale Wertung* der Angebote vornehmen und diese ggf. aufgrund formeller Mängel ausschließen, um mit den verbleibenden Bietern in Verhandlungen zu treten. Zum Abschluss dieser wäre dann eine *materielle Wertung* der ausgehandelten Angebote anhand der veröffentlichten Zuschlagskriterien durchzuführen, um den Bieter zu ermitteln, der die bestmögliche Leistung erwarten lässt.

10.1. Formale Wertung der Angebote

Es ist empfehlenswert für den Auftraggeber, sich vor Beginn der Verhandlungen die Angebote der Bieter zusenden zu lassen und diese zunächst einer formalen Wertung zu unterziehen. Die Angebote könnten dann zunächst darauf geprüft werden, ob sie:

- unterschrieben sind (vgl. § 4 Abs. 9 VOF),
- die geforderten Angaben (z.B. Konzepte) enthalten, etc.

Aus der gesetzgeberischen Zurückhaltung über die Gestaltung der Wertung im Rahmen der Verhandlungen kann der Rückschluss gezogen werden, dass es der Vergabestelle selbst überlassen ist, für sich zu entscheiden, wie mit Angeboten umzugehen ist, die diesen Anforderungen nicht genügen.¹¹⁴ Wichtig ist dabei, dass sie bei der Gestaltung des Umgangs die Vergabeprinzipien, vor allem die der Gleichbehandlung und Transparenz, beachtet. Es wäre daher erforderlich, den vorgesehenen Umgang in der Aufforderung zu

¹¹⁴ In diese Richtung OLG Frankfurt, Beschluss v. 28.2.2006, Az.: 11 Verg 15/05 = ZfBR 2006, S. 383 (385). Danach existiert in der VOF kein zwingender Ausschluss formal unvollständiger Angebote.

Verhandlungen den Bietern gegenüber mitzuteilen und alle vergleichbaren Fälle gleich zu behandeln. Unter Beachtung dieser Prinzipien könnte der Auftraggeber im Aufforderungsschreiben an die Bieter eine strenge Linie einnehmen und beispielsweise den zwingenden Ausschluss von Angeboten vorsehen, die die oben genannten Kriterien nicht erfüllen. Nachteil dieser Vorgehensweise ist jedoch, dass dadurch teilweise auch qualifizierte Bieter allein aus formalen Gründen ausgeschlossen werden müssten. Es erscheint daher empfehlenswert, vor einem Ausschluss den Bietern die Möglichkeit zur Nachbesserung zu geben.

Darüber hinaus wäre die formale Wertung der Angebote der geeignete Rahmen, um die angebotenen Preise/Honorare auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Inwieweit der Auftraggeber dazu im Rahmen des Verhandlungsverfahrens der VOF verpflichtet ist, ist nicht abschließend geklärt. Fest steht, dass sich in der VOF keine Vorschrift findet, aus der sich ausdrücklich eine Überprüfungspflicht bei ungewöhnlich niedrigen Preisen oder für den Fall, dass ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Leistung besteht, entnehmen lässt (vgl. z.B. § 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A). Es ist jedoch zu beachten, dass gemäß § 4 Abs. 3 VOF „unlautere und wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen“ unzulässig sind. Diese Vorschrift richtet sich dabei sowohl an Auftraggeber als auch an die Bieter in einem Vergabeverfahren und existiert, wenn auch jeweils im unterschiedlichen Wortlaut, in der VOL/A (§ 2 Nr. 1 Abs. 2) und in der VOB/A (§ 2 Nr. 1). Nach bisher anerkannter Auffassung wird die Abgabe von Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen Preisen, die einen Verdrängungswettbewerb zum Ziel haben, unter das Merkmal „unlautere Verhaltensweisen“ im Bereich der VOL/A (§ 2 Nr. 1 Abs. 2) und VOB/A (§ 2 Nr. 1 Satz 3) subsumiert.¹¹⁵ Dabei hat die Vergabestelle hinsichtlich des „ob“ der Prüfung des Vorliegens unlauterer Verhaltensweisen kein Ermessen, sondern ist aufgrund der drittschützenden Wirkung des in § 97 Abs. 1 GWB enthaltenen Wettbewerbsprinzips verpflichtet, gegen diese vorzugehen, respektive derartige Angebote auszuschließen.¹¹⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint es folgerichtig, diese Rechtsgedanken auf vergleichbare Sachverhalte im Anwendungsbereich der VOF zu übertragen und somit die Abgabe von Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen Preisen, die einen Verdrängungswettbewerb zum Ziel haben, unter die Verbotsvorschrift von § 4 Abs. 3 VOF fallen zu lassen und auszuschließen, um dem in § 97 Abs. 1 GWB enthaltenen Wettbewerbsprinzip Geltung zu

¹¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2000, Az.: Verg 28/00 = VergabeR 2001, S. 128; OLG Koblenz, Beschluss v. 26.10.2005, Az.: 1 Verg 4/05 = VergabeR 2006, S. 392 (401).

¹¹⁶ OLG Celle, Beschluss v. 18.12.2003, Az.: 13 Verg 22/03 = VergabeR 2004, S. 397 (405).

verschaffen und Chancengleichheit zwischen den Bietern herzustellen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass aufgrund unmittelbarer Geltung von Art. 55 Abs. 1 EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie der Ausschluss eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes nicht erfolgen darf, ohne vom Bieter vorher „schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots zu verlangen“ und ihm damit die Gelegenheit zu geben, seinen niedrigen Angebotspreis zu rechtfertigen. Die getroffenen Feststellungen dieser Sachverhaltsaufklärung sind im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Für den Fall, dass die Beratungsleistungen ausnahmsweise nach einer Gebühren- oder Honorarordnung zwingend zu vergüten sind, ist ein Rückgriff auf § 4 Abs. 3 VOF und den Wettbewerbsgrundsatz von § 97 Abs. 1 GWB nicht erforderlich. Nach § 16 Abs. 3 Satz 2 VOF ist unter diesen Bedingungen die Honorarforderung des Bieters „nur in dem dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen.“ Das bedeutet, dass die Vergabestelle den Zuschlag nicht auf ein Angebot erteilen darf, dessen Honorarforderung unterhalb der vorgeschriebenen Mindestsätze liegt.¹¹⁷ Daraus folgt aber nicht, dass dieses Angebot zwingend auszuschließen ist. Nach obergerichtlicher Rechtsprechung ist ein Ausschluss erst nach erfolgloser Durchführung von Nachverhandlungen über die verordnungswidrigen Angebotsteile möglich.¹¹⁸ Diese „Nachverhandlungen“ wären aufgrund der hier vorgeschlagenen formalen Wertung vor der Präsentation und der sich anschließenden Verhandlungen, ebenda möglich.

10.2. Materielle Wertung der Angebote

Die materielle Wertung der Angebote erfolgt erst im Anschluss an die Präsentation und die Verhandlungen über den Auftragsgegenstand und/oder Preis bzw. Honorar. Dabei bewerte der Auftraggeber die ausgehandelten Angebote anhand der veröffentlichten und gewichteten Zuschlagskriterien.¹¹⁹ Er hat hierbei einen Beurteilungsspielraum, der nur einer beschränkten Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist.¹²⁰ Im Anschluss an die Wertung hat der Auftraggeber Kenntnis darüber, welcher Bieter „die bestmögliche Leistung erwarten lässt“ (vgl. § 16 Abs. 4 VOF). Den Vertrag darf er aber gemäß § 13 VgV erst 14 Kalendertage nach Versendung der zwingend erforderlichen Vorabinformation an die unterlegenen Bieter abschließen.

¹¹⁷ OLG Stuttgart, Beschluss v. 28.11.2002, Az.: 2 Verg 14/02 = VergabeR 2003, S. 235 (237).

¹¹⁸ OLG Stuttgart, Beschluss v. 28.11.2002, Az.: 2 Verg 14/02 = VergabeR 2003, S. 235 (238).

¹¹⁹ Vgl. dazu bereits oben Ziffer 5.

¹²⁰ Vgl. dazu bereits oben Ziffer 5.2.

11. Abschluss des Verhandlungsverfahrens

Der Abschluss des Verhandlungsverfahrens erfolgt in drei Schritten: dem Vorabinformationsschreiben gemäß § 13 VgV, dem Vertragsschluss mit dem Bieter, der die bestmögliche Leistung erwarten lässt, und der Mitteilung über den vergebenen Auftrag.

11.1. Vorabinformation (§ 13 VgV)

Die Anforderungen an die Vorabinformation gemäß § 13 VgV gelten für alle Vergabeverfahren, unabhängig davon, ob es sich um die Vergabe von Bau-, Liefer- oder ÖPP-Beratungsleistungen handelt. Insoweit kann vollständig auf die Ausführungen im Leitfaden „PPP im Hochbau – Vergaberechtsleitfaden“ verwiesen werden.¹²¹

Die Vergabestelle sollte in der Vorabinformation dem jeweiligen Berater hinreichend deutlich machen, warum sein Angebot nicht berücksichtigt wurde. Ein pauschaler Hinweis auf die Unwirtschaftlichkeit des Angebotes würde nicht den Voraussetzungen von § 13 VgV genügen und Nachprüfungsanträge provozieren. Auf der anderen Seite ist es jedoch auch nicht erforderlich, die gesamte Wertung im Detail wiederzugeben. Im Workshop bestand große Einigkeit darüber die Ablehnungsbegründung im Sinne eines prägnanten Resümees zu gestalten und dem abgelehnten Berater mitzuteilen, aufgrund welcher Gründe im Hinblick auf die Zuschlagskriterien, sein Angebot hinter dem letztlich erfolgreichen Bieter zurücklag. Der öffentliche Auftraggeber könnte somit z.B. im Rahmen der Begründung darauf hinweisen, dass die Präsentation nicht zufrieden stellend war.

11.2. Mitteilung über vergebene Aufträge (§ 17 VOF)

Die öffentlichen Auftraggeber sind gemäß § 17 VOF verpflichtet, über die Auftragserteilung eine Mitteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG zu machen. Im Hinblick auf die diesbezüglichen Anforderungen kann auf die Ausführungen im Vergaberechtsleitfaden „PPP im Hochbau“ verwiesen werden.¹²²

Eine Besonderheit ist jedoch bei der Vergabe von nachrangigen Dienstleistungen (z.B. Rechtsberatungsleistungen) zu beachten. Die Vergabestelle muss zwar auch in diesen Fällen ihrer Mitteilungspflicht nachkommen, sie kann aber gemäß § 17 Abs. 2 VOF selbst bestimmen, ob die Bekanntmachung auch über das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG veröffentlicht wird.

¹²¹ ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 11.1.

¹²² ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 11.2.

11.3. Vergabevermerk (§ 18 VOF)

Als Konkretisierung des Transparenzgrundsatzes von § 97 Abs. 1 GWB sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 18 VOF verpflichtet, über die Vergabe einen Vermerk zu fertigen, „der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die Feststellung, sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält.“

Gemäß § 19 Abs. 1 VOF müssen im Vergabevermerk insbesondere folgende Angaben enthalten sein:

- Name und Anschrift des Auftraggebers,
- Art und Umfang der Leistung,
- Wert des Auftrages,
- Name der berücksichtigten Bewerber und Gründe für ihre Auswahl,
- Name der ausgeschlossenen Bewerber und Gründe für die Ablehnung,
- Name des erfolgreichen Bewerbers und die Gründe für die Auftragserteilung sowie – falls bekannt – der Anteil, den der erfolgreiche Bewerber an Dritte weiterzugeben beabsichtigt,
- Gründe für die Wahl des Verhandlungsverfahrens,
- Gründe, aus denen auf die Auftragsvergabe verzichtet wurde.

Die aufgeführten Punkte sind nicht abschließend. Im Grundsatz sollte der Vergabevermerk zu sämtlichen in diesem Leitfaden dargestellten Anforderungen an die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen Angaben enthalten. Dabei ist zu beachten, dass die einzelnen Verfahrensschritte und Entscheidungen laufend im Vergabevermerk dokumentiert werden sollten.¹²³ Eine Begründung der Entscheidungen ist freilich nur erforderlich soweit der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zusteht.

¹²³ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.3.2004, Az.: VII-Verg 1/04 = NZBau 2004, S. 461; OLG Rostock, Beschluss v. 20.8.2003, Az.: 17 Verg 9/03.

12. Hinweise zum vergaberechtlichen Rechtsschutz

Im Verfahren zur Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen können die beteiligten Berater auf verschiedene Weise auf vergaberechtlichen Rechtsschutz zurückgreifen. Dessen Ausgestaltung differenziert nicht zwischen der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, sondern gilt für alle Auftragsarten gleichermaßen. Die Ausführungen zum Primär- und Sekundärschutz ober- und unterhalb der EU-Schwellenwerte im bereits veröffentlichten ÖPP-Vergaberechtsleitfaden gelten daher für den vorliegenden Zusammenhang ohne Einschränkung.¹²⁴

¹²⁴ ÖPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden, August 2007, abrufbar unter: www.ppp.nrw.de, Ziffer 12.

Die folgenden Formulierungsbeispiele stellen die relevantesten Unterlagen in einem Verfahren zur Beschaffung von ÖPP-Beratungsleistungen dar. Sie orientieren sich zum Teil wörtlich an den bereits veröffentlichten Musterformularen im Vergaberechtsleitfaden, um Missverständnisse und Widersprüche zu vermeiden. Die Auswahl der hier dargestellten Formulierungsbeispiele ist daher nicht abschließend, weitere Standardunterlagen sind im Einzelfall erforderlich. Diese und weitere Formulare sind den einzelnen Vergabehandbüchern des Bundes („VHB“), der Länder und dem Vergaberechtsleitfaden der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen zu entnehmen.

13. Formulierungsbeispiele

13.1. Formulierungsbeispiel: Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb

1. Vorbemerkung zu diesen Unterlagen

1.1. Zweck und Struktur der Unterlagen

Zweck der vorliegenden Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb ist es, interessierten Unternehmen einen Überblick über das geplante Vorhaben, die zu vergebenden Leistungen und den Ablauf des Vergabeverfahrens zu verschaffen. Ferner sind den Unterlagen die für den Teilnahmewettbewerb gültigen Verfahrensregeln und die Angaben und Nachweise zu entnehmen, die dem Teilnahmeantrag beizufügen sind und aufgrund derer die Auswahl der Bewerber erfolgt.

Diese Teilnahmeunterlagen regeln den Teilnahmewettbewerb. Der Auftraggeber behält sich vor, die in diesen Teilnahmeunterlagen enthaltenen allgemeinen Informationen zu dem geplanten Vorhaben im weiteren Vergabeverfahren zu präzisieren, zu ergänzen oder abzuändern.

1.2. Bezeichnungen

Sofern nicht ausdrücklich anders bestimmt, sind mit „Bewerber“ jegliche Art von natürlichen als auch juristischen Personen, sowie Bewerbergemeinschaften gemeint. Die in diesen Unterlagen verwendeten personenbezogenen Bezeichnungen gelten jeweils in der weiblichen als auch männlichen Sprachform.

1.3. Vertraulichkeit der Information

Diese Teilnahmeunterlagen und ihre Anlagen sowie die darin enthaltenen Informationen und alle weiteren von dem Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen sind vom Empfänger vertraulich zu behandeln, soweit sie nicht öffentlich zugänglich oder bekannt sind oder ohne Mitwirkung des Empfängers bekannt werden. Alle Bewerber, Bewerbergemeinschaften und Nachunternehmer haben eine diesbezügliche Vertraulichkeitsvereinbarung abzugeben (Formblatt [...]).

1.4. Eigentumsübertragung

Die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs von den Bewerbern vorgelegten Unterlagen, Erklärungen usw. gehen in das Eigentum des Auftraggebers über.

2. Aufgabenbeschreibung

Auf eine schriftliche – auch per Telefax oder E-Mail – Anfrage wird dem Bewerber die Aufgabenbeschreibung unverzüglich schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – zugesandt. Die Aufgabebeschreibung enthält Ausführungen über das zu realisierende ÖPP-Projekt, über die vom Vertragspartner zu erbringende Leistung und einen Zeitplan.

3. Allgemeine Hinweise und Informationen

3.1. Allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren

Der Vertragsschluss erfolgt in einem Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Teilnahmewettbewerb gemäß § 101 Abs. 3 GWB, § 5 Abs. 1 VOF.

3.2. Ablauf der Verhandlungsverfahrens

Der Auftraggeber sieht im Wesentlichen den nachfolgend dargestellten Ablauf des Verhandlungsverfahrens vor: (vgl. Formulierungsbeispiel 13.2, Ziffer III.5.)

3.3. Zeitplan für das Vergabeverfahren

Ein vorläufiger Zeitplan ist diesen Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb als Anlage ... beigefügt. Der Auftraggeber behält sich vor, diesen Zeitplan im Verlauf des Verfahrens abzuändern, insbesondere die vorgesehenen Fristen zu verlängern, soweit es sich für einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf als notwendig erweist.

3.4. Auftraggeber

Die Vergabe des Auftrages erfolgt durch: (...)

3.5. Zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren

Vergabekammer:(...)

3.6. Berater des Auftraggebers

Der Auftraggeber wird in diesem Verfahren beraten durch: (...)

3.7. Fragen zum Teilnahmewettbewerb

Fragen zum Teilnahmewettbewerb sind schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – ausschließlich zu richten an: (...)

Fragen zum Teilnahmewettbewerb, die der o. g. Stelle nicht bis fünf Tage vor Ablauf der Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge vorliegen, werden nicht berücksichtigt. Die Antworten auf Fragen zum Teilnahmewettbewerb werden allen Unternehmen in anonymisierter Form schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – zugeleitet.

4. Hinweise zum Teilnahmewettbewerb

4.1. Einreichung der Teilnahmeanträge

Teilnahmeanträge sind bis (Datum), (Uhrzeit) bei der (...), in der gemäß Ziffer 5 vorgesehenen Form einzureichen. Der Teilnahmeantrag ist mit der deutlich sichtbaren Aufschrift „Teilnahmeantrag. Vergabeverfahren (...)“ in einem verschlossenen Umschlag oder Behältnis einzureichen.

4.2. Vergütung

Für den Teilnahmeantrag und die mit dem Teilnahmeantrag vorzulegenden Unterlagen wird von dem Auftraggeber keine Vergütung gezahlt.

4.3. Lose

Das Vorhaben wird in folgende Fachlose aufgeteilt:

Los 1: Wirtschaftliche und technische Beratung (inkl. Projektsteuerung des Beraterteams)

Los 2: Juristische Beratung

Eine Bewerbung für alle Lose ist nicht möglich.

4.4. Bewerbergemeinschaften

Zum Teilnahmewettbewerb werden Einzelunternehmen und Bewerbergemeinschaften zugelassen. Bewerbergemeinschaften müssen einen für die Vertretung der Bewerbergemeinschaft in dem Vergabeverfahren bevollmächtigten Vertreter bestimmen. Änderungen in der Zusammensetzung einer Bewerbergemeinschaft nach Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren bedürfen der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers.

4.5. Anzahl der Bewerber die zu Verhandlungen aufgefordert werden

Pro Los werden mindestens drei Bewerber ausgewählt, die zu Verhandlungen aufgefordert werden.

4.6. Schutz der Verfahrensintegrität

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller interessierten Unternehmen bzw. Bewerber ist es nicht gestattet, zusätzliche oder vertrauliche Informationen über das Vorhaben sowie das Ausschreibungsverfahren von dem Auftraggeber oder den Beratern des Auftraggebers zu erlangen oder zu nutzen. Ausgenommen davon sind Informationen, die öffentlich zugänglich sind oder allen interessierten Unternehmen bzw. Bewerbern im Rahmen dieses Teilnahmewettbewerbs durch den Auftraggeber oder dessen Berater zugänglich gemacht werden.

Es ist interessierten Unternehmen bzw. den Bewerbern ausdrücklich nicht gestattet, ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Themen im Zusammenhang mit dem Vorhaben oder dem Vergabeverfahren mit dem Auftraggeber, der durchführenden Stelle oder den Beratern gemäß Ziffer 3.6 zu erörtern. Ausgenommen hiervon sind Fragen zum Teilnahmewettbewerb gemäß Ziffer 3.7.

4.7. Verfahrenssprache

Die Verfahrenssprache ist Deutsch.

4.8. Aufklärungspflicht

Mit der Abgabe des Teilnahmeantrags verpflichten sich die Bewerber, dem Auftraggeber bzw. den in ihrem Auftrag handelnden Stellen alle für die Beurteilung des Antrages notwendigen zusätzlichen Auskünfte kurzfristig zu erteilen.

4.9. Ausschluss vom Vergabeverfahren

Der Auftraggeber behält sich vor, Bewerber vom Vergabeverfahren auszuschließen, die geforderte Nachweise oder zusätzliche Auskünfte unberechtigterweise verweigern bzw. nicht fristgerecht oder nicht vollständig erteilen oder die ohne vorherige Zustimmung des Auftraggebers gegen die in Ziffer 4.5 aufgestellten Regeln zum Schutz der Verfahrensintegrität verstoßen.

5. Unterlagen zum Teilnahmeantrag

Dem Teilnahmeantrag (Formblatt [...]) sind die im Folgenden und die in Ziffer 6 aufgeführten Unterlagen beizufügen. Der Teilnahmeantrag, die Formblätter und Erklärungen sind an den dafür vorgesehenen Stellen rechtsverbindlich zu unterschreiben.

Die im Folgenden aufgeführten Unterlagen (ausgenommen das Verzeichnis der eingereichten Unterlagen) und die in Ziffer 6 aufgeführten Unterlagen sind von allen Mitgliedern einer Bewerbergemeinschaft beizubringen, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.

Beabsichtigt der Bewerber, Nachunternehmer für die zu erbringenden Leistungen einzusetzen, so hat er diese in seinem Teilnahmeantrag zu benennen und anzugeben, für welche Leistungen er sie einsetzen wird.

Für Nachunternehmer sind gesondert die im Folgenden aufgeführten Unterlagen (ausgenommen das Verzeichnis der eingereichten Unterlagen) und die in Ziffer 6 aufgeführten Unterlagen in Bezug auf die jeweils von ihnen zu erbringende(n) Teilleistung(en) beizufügen.

1. Verzeichnis der eingereichten Unterlagen (Formblatt [...]);
2. Allgemeine Darstellung des Bewerbers (Formblatt [...]), einschließlich
 - einer Darstellung über bestehende wirtschaftliche Verknüpfungen und Beteiligungsverhältnisse;
 - Verbindliche Nennung der Personen, die die Beratungsleistung tatsächlich erbringen werden.
3. Aktueller Handelsregister-, oder Partnerschaftsregisterauszug oder ein entsprechender Firmenregisterauszug. Sollte eine Vorlage dieser Unterlagen nicht möglich sein, wird eine vergleichbare Erklärung akzeptiert, aus der vor allem die Vertretungsverhältnisse des Bewerbers erkennbar werden.

6. Eignung und Nachweise

Der Auftraggeber wird unter zuverlässigen, leistungsfähigen und fachkundigen Bewerbern diejenigen auswählen, die zu Verhandlungen aufgefordert werden.

6.1. Zuverlässigkeit

6.1.1. Mindestanforderungen

Abgesehen von den grundsätzlich zwingenden Ausschlussgründen von § 11 Abs. 1 VOF behält sich der Auftraggeber vor, Bewerber wegen Unzuverlässigkeit auszuschließen, falls:

- Über das Vermögen eines Bewerbers ein Insolvenz- oder vergleichbares Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde oder er sich in Liquidation befindet;
- Der Bewerber aus anderen als in § 11 Abs. 1 VOF genannten strafrechtlichen Gründen (z.B.: vollendete oder versuchte Vorteilsgewährung, Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung, Betrug, Untreue oder Urkundenfälschung etc.) die seine berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen rechtskräftig verurteilt wurde;
- Der Bewerber im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung (z.B.: eine auf den Geschäftsverkehr bezogene Ordnungswidrigkeit oder eine schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten aus einem früheren Auftragsverhältnis mit dem Auftraggeber) begangen hat;
- Der Bewerber seine Verpflichtung zur Zahlung von Sozialbeiträgen, Steuern und Abgaben in der Vergangenheit missachtet hat.

6.1.2. Nachweise

Dem Teilnahmeantrag ist eine Erklärung des Bewerbers (Formblatt [...]) beizufügen aus der hervorgeht, dass diese Ausschlussgründe nicht vorliegen. Für den Fall, dass ein Bewerber aufgrund einer schuldhaften Verletzung vertraglicher Beziehungen aus einem früheren Auftragsverhältnis mit dem Auftraggeber ausgeschlossen werden soll, hat der Bewerber darzulegen, ob aufgrund von Nachbesserungen die Gewähr für eine erfolgreiche Auftragserfüllung gegeben ist.

6.2. Wirtschaftlich-finanzielle Leistungsfähigkeit

6.2.1. Mindestanforderung

Die Bewerber müssen eine Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens (...) € pro Schadensfall besitzen.

6.2.2. Nachweise

Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung durch den Versicherungsträger aus dem hervorgeht, dass die geforderte Mindestdeckung abgedeckt wird (nicht älter 3 Monate). Akzeptiert wird auch die Zusage des Versicherungsträgers im Falle einer Beauftragung seines Kunden (vorliegend Bewerber) die Deckungssumme zu erhöhen, um die geforderte Mindestdeckung sicherzustellen.

6.3. Fachlich-technische Leistungsfähigkeit

6.3.1. Mindestanforderungen

Die vom Auftraggeber verwendete Hard- und Software muss mit der vom Bewerber verwendeten Ausrüstung zu 100%-kompatibel sein. Der Auftraggeber greift auf die folgende Ausstattung zurück: (...)

Bewerber auf Los 1 müssen ein Qualitätsmanagement für die ausgeschriebene Beratungsleistung vorweisen.

6.3.2. Nachweise

Nachweis über die Kompatibilität der vom Bewerber eingesetzten Hard- und Software mit der des Auftraggebers. Eigenerklärungen des Bewerbers sind ausreichend.

Insbesondere eine Darstellung des Qualitätsmanagements, sowie falls vorhanden Zertifikate von unabhängigen Zertifizierungsstellen.

6.4. Fachkunde der wirtschaftlich-technischen Berater (Los 1)

6.4.1. Mindestanforderungen

An die Bewerber für die wirtschaftlich-technische Beratung (Los 1) werden folgende Mindestanforderungen gestellt:

- I. Berufliche Qualifikation der(s) zum Einsatz kommenden Berater(s):

- 1) Ingenieur und/oder
- 2) abgeschlossenes Hochschulstudium der Betriebswirtschaftslehre, Volkswirtschaftslehre oder Wirtschaftswissenschaften.

II. Erfahrung der(s) zum Einsatz kommenden Berater(s):

- 1) Erfahrung bei der Durchführung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III) bei ÖPP-Projekten mit dem Leistungsspektrum Planung, Finanzierung, Bau/Sanierung, Unterhaltung und zumindest teilweiser Betrieb;
- 2) Erfahrung bei technischer Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung);
- 3) Erfahrung bei wirtschaftlicher Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung);
- 4) Erfahrung bei der Projektleitung des Beraterteams.

Für den Fall, dass ein Bewerber den Einsatz mehrerer Berater vorsieht, müssen die Mindestanforderungen an die Erfahrung nicht in der Person jedes Beraters kumulativ erfüllt sein. Entsprechendes gilt für die Mitglieder von Bietergemeinschaften.

6.4.2. Nachweise

Die Bewerber haben im Hinblick auf die Mindestanforderungen insbesondere folgende Nachweise zu erbringen:

- zu I. 1): Nachweis der Berechtigung die Berufsbezeichnung „Ingenieur“ allein oder in einer Wortverbindung führen zu dürfen. Bei Bewerbern aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, die nur gelegentlich Beratungsleistungen in der Bundesrepublik Deutschland erbringen, kann der Nachweis über eine Bescheinigung erbracht werden, aus der hervorgeht, dass der Bewerber einen dem deutschen Beruf des „Ingenieurs“ vergleichbaren Beruf im Staat seiner Niederlassung rechtmäßig ausübt.
- zu I. 2): Nachweis über ein abgeschlossenes Hochschulstudium der Betriebswirtschaftslehre, Volkswirtschaftslehre oder Wirtschaftswissenschaften.
- zu II. 1): Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und des öffentlichen oder

privaten Auftraggebers, einschließlich Ansprechpartner, Adresse und Telefonnummer. Es werden nur solche Referenzprojekte zugelassen, aus denen die Erfahrung der zum Einsatz kommenden Berater bei der Durchführung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III) bei ÖPP-Projekten mit dem Leistungsspektrum Planung, Finanzierung, Bau/Sanierung, Unterhaltung und zumindest teilweiser Betrieb erkennbar wird. Zu diesem Zweck haben die Bewerber das Referenzprojekt kurz zu beschreiben und die eigene Beratungstätigkeit und die Beratungsintensität stichwortartig kurz darzustellen. Es sind maximal 5 Referenzprojekte vorzulegen.

- zu II. 2) Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und des öffentlichen oder privaten Auftraggebers, einschließlich Ansprechpartner, Adresse und Telefonnummer. Es werden nur solche Referenzprojekte zugelassen, aus denen die Erfahrung der zum Einsatz kommenden Berater bei den Aufgaben der technischen Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung) erkennbar wird. Die Referenzprojekte müssen vom Umfang und Art mit dem vorliegenden ÖPP-Projekt vergleichbar sein, ohne dass zwingend ein ÖPP-Bezug vorliegen muss. Zu diesem Zweck haben die Bewerber das Referenzprojekt kurz zu beschreiben und die eigene Beratungstätigkeit und die Beratungsintensität stichwortartig kurz darzustellen. Es sind maximal 5 Referenzprojekte vorzulegen.
- zu II. 3) Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und des öffentlichen oder privaten Auftraggebers, einschließlich Ansprechpartner, Adresse und Telefonnummer. Es werden nur solche Referenzprojekte zugelassen, aus denen die Erfahrung der zum Einsatz kommenden Berater bei den Aufgaben der wirtschaftlichen Beratung im Rahmen von Phase III (außer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung) erkennbar wird. Die Referenzprojekte müssen vom Umfang und Art mit dem vorliegenden ÖPP-Projekt vergleichbar sein, ohne dass zwingend ein ÖPP-Bezug vorliegen muss. Zu diesem Zweck haben die Bewerber das Referenzprojekt kurz zu beschreiben und die eigene Beratungstätigkeit und die Beratungs-

intensität stichwortartig kurz darzustellen. Es sind maximal 5 Referenzprojekte vorzulegen.

- zu II. 4) Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und des öffentlichen oder privaten Auftraggebers, einschließlich Ansprechpartner, Adresse und Telefonnummer. Es werden nur solche Referenzprojekte zugelassen, aus denen die Erfahrung der zum Einsatz kommenden Berater bei den Aufgaben der Projektleitung des Beraterteams erkennbar wird. Die Referenzprojekte müssen vom Umfang und Art mit dem vorliegenden ÖPP-Projekt vergleichbar sein, ohne dass zwingend ein ÖPP-Bezug vorliegen muss. Zu diesem Zweck haben die Bewerber das Referenzprojekt kurz zu beschreiben und die eigene Beratungstätigkeit und die Beratungsintensität stichwortartig kurz darzustellen. Es sind maximal 5 Referenzprojekte vorzulegen.

Ein Referenzprojekt darf auch mehrmals als Nachweis verwendet werden. Selbst erstellte Referenzlisten werden akzeptiert. Darüber hinaus haben die Bewerber einen tabellarischen Lebenslauf über den beruflichen Werdegang der zum Einsatz kommenden Berater vorzulegen.

6.5. Fachkunde der juristischen Beratung (Los 2)

6.5.1. Mindestanforderungen

An die Bewerber für die juristische Beratung (Los 2) werden folgende Mindestanforderungen gestellt:

I. Berufliche Qualifikation der(s) zum Einsatz kommenden Berater(s):

- 1) Rechtsanwalt oder
- 2) Niedergelassener europäischer Rechtsanwalt i.S.v. § 2 EuRAG oder
- 3) Dienstleistender europäischer Rechtsanwalt i.S.v. § 25 Abs. 1 EuRAG.

II. Erfahrung der(s) zum Einsatz kommenden Berater(s):

- 1) Erfahrung bei der juristischen Beratung im Rahmen von Phase I bis II bei ÖPP-Projekten mit dem Leistungsspektrum Planung, Finanzierung, Bau/Sanierung, Unterhaltung und zumindest teilweiser Betrieb;

- 2) Erfahrung bei der juristischen Beratung im Rahmen von Phase III.

6.5.2. Nachweise

Die Bewerber haben im Hinblick auf die Mindestanforderungen insbesondere folgende Nachweise zu erbringen:

- zu I. 1) Kopie der Zulassung zum Rechtsanwalt;
- zu I. 2) Nachweis der zuständigen Rechtsanwaltskammer über die Aufnahme als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt (vgl. § 2 Abs. 1 EuRAG);
- zu I. 3) Nachweis über die Berechtigung im Herkunftsland den Beruf des Rechtsanwaltes auszuüben (vgl. § 26 Abs. 2 EuRAG).
- zu II. 1): Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und des öffentlichen oder privaten Auftraggebers, einschließlich Ansprechpartner, Adresse und Telefonnummer. Es werden nur solche Referenzprojekte zugelassen, aus denen die Erfahrung der zum Einsatz kommenden Berater bei Aufgaben der juristischen Beratung in Phase I bis II bei ÖPP-Projekten mit dem Leistungsspektrum Planung, Finanzierung, Bau/Sanierung, Unterhaltung und zumindest teilweiser Betrieb erkennbar wird. Zu diesem Zweck haben die Bewerber das Referenzprojekt kurz zu beschreiben und die eigene Beratungstätigkeit und die Beratungsintensität stichwortartig kurz darzustellen. Es sind maximal 5 Referenzprojekte vorzulegen.
- zu II. 2): Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen mit Angabe des Rechnungswertes, der Leistungszeit und des öffentlichen oder privaten Auftraggebers, einschließlich Ansprechpartner, Adresse und Telefonnummer. Es werden nur solche Referenzprojekte zugelassen, aus denen die Erfahrung der zum Einsatz kommenden Berater bei Aufgaben der juristischen Beratung in Phase III erkennbar wird. Die Referenzprojekte müssen vom Umfang mit dem vorliegenden ÖPP-Projekt vergleichbar sein, ohne dass zwingend ein ÖPP-Bezug vorliegen muss. Wichtig ist, dass es sich dabei um VOB/A-, VOL/A- oder VOF-Projekte handelt, die im Wege eines Verhandlungsverfahrens oder eines wettbewerblichen Dialoges vergeben wurden. Zu diesem Zweck haben

die Bewerber das Referenzprojekt kurz zu beschreiben und die eigene Beratungstätigkeit und die Beratungsintensität stichwortartig kurz darzustellen. Es sind maximal 5 Referenzprojekte vorzulegen.

Ein Referenzprojekt darf auch mehrmals als Nachweis verwendet werden. Selbst erstellte Referenzlisten werden akzeptiert. Darüber hinaus haben die Bewerber einen tabellarischen Lebenslauf über den beruflichen Werdegang der zum Einsatz kommenden Berater vorzulegen.

7. Auswahl der Bewerber

7.1. Auswahl der wirtschaftlich-technischen Bewerber (Los 1)

Die Bewerber, die zur Abgabe eines Angebotes auf Los 1 aufgefordert werden sollen, werden anhand folgender Kriterien ausgewählt:

- Erfahrung;
- beruflicher Werdegang der(s) Berater(s);
- Qualitätsmanagement.

Die Bewertung der Kriterien erfolgt nach Anlage 1. Die Auswahl der Bewerber erfolgt nach der Höhe der erreichten Punktzahl. Es werden mindestens drei Bewerber ausgewählt, sofern ausreichend geeignete Bewerber einen Teilnahmeantrag stellen. Die nicht berücksichtigten Bewerber werden schnellstmöglich, unter stichwortartiger Nennung der Ablehnungsgründe, schriftlich benachrichtigt.

7.2. Auswahl der juristischen Bewerber (Los 2)

Die Bewerber, die zur Abgabe eines Angebotes auf Los 2 aufgefordert werden sollen, werden anhand folgender Kriterien ausgewählt:

- Erfahrung;
- beruflicher Werdegang der(s) Berater(s).

Die Bewertung der Kriterien erfolgt nach Anlage 2. Die Auswahl der Bewerber erfolgt nach der Höhe der erreichten Punktzahl. Es werden mindestens drei Bewerber ausgewählt,

sofern ausreichend geeignete Bewerber einen Teilnahmeantrag stellen. Die nicht berücksichtigten Bewerber werden schnellstmöglich, unter stichwortartiger Nennung der Ablehnungsgründe, schriftlich benachrichtigt.

Auswahl der wirtschaftlich-technischen Bewerber (Los 1)

Kriterium	Unterkriterien	Punktzahl	Gewichtung	BP	LP
Erfahrung			in %		
	Erfahrung zu II.1) (vgl. Ziffer 6.4.1.)				
	1. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	2. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	3. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	4. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	5. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	Erfahrung zu II.2) (vgl. Ziffer 6.4.1.)				
	1. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	2. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	3. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	4. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	5. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	Erfahrung zu II.3) (vgl. Ziffer 6.4.1.)				
	1. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	2. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	3. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	4. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	5. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	Erfahrung zu II.4) (vgl. Ziffer 6.4.1.)				
	1. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	2. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	3. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	4. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	5. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
Beruflicher Werdegang der(s) Berater(s)		0 - x Punkte	(...)		
Qualitätsmanagement		0 - x Punkte	(...)		
			Insg. 100%		
				Summe	

BP = Bewertungspunkte

LP = Leistungspunkte (BP multipliziert mit Gewichtung)

¹²⁵ Die vorliegende Anlage ist nur beispielhaft und keinesfalls abschließend. Sie bedarf der Anpassung auf den jeweils vorliegenden Einzelfall. Anhand dieser Darstellung soll lediglich veranschaulicht werden, inwieweit die im Leitfaden formulierten Anforderungen (vgl. Leitfaden Ziffer 4.2.) umgesetzt werden können.

Auswahl der juristischen Bewerber (Los 2)

Kriterium	Unterkriterien	Punktzahl	Gewichtung	BP	LP
Erfahrung			in %		
	Erfahrung zu II.1) (vgl. Ziffer 6.5.1.)				
	1. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	2. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	3. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	4. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	5. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	Erfahrung zu II.2) (vgl. Ziffer 6.5.1.)				
	1. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	2. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	3. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	4. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
	5. Referenzobjekt	0 - x Punkte	(...)		
Beruflicher Werdegang der(s) Berater(s)		0 - x Punkte	(...)		
			Insg. 100%		
				Summe	

BP = Bewertungspunkte

LP = Leistungspunkte (BP multipliziert mit Gewichtung)

¹²⁶ Die vorliegende Anlage ist nur beispielhaft und keinesfalls abschließend. Sie bedarf der Anpassung auf den jeweils vorliegenden Einzelfall. Anhand dieser Darstellung soll lediglich veranschaulicht werden, inwieweit die im Leitfaden formulierten Anforderungen (vgl. Leitfaden Ziffer 4.2.) umgesetzt werden können.

13.2. Formulierungsbeispiel: Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln im Verhandlungsverfahren

(Briefkopf des Auftraggebers)

I. Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln

Sie werden hiermit aufgefordert ein indikatives Angebot für das in diesen Vergabeunterlagen näher bezeichnete Projekt (Kurzbezeichnung des Projektes) abzugeben.

Diese Angebotsbedingungen enthalten die gültigen Verfahrensregeln. Sie werden nicht Bestandteil des abzuschließenden Vertragswerks.

Die den Bietern im Verlauf dieses Verfahrens erteilten weiteren Informationen (Antworten des Auftraggebers auf Fragen der Bieter, sonstige mündliche und/oder schriftliche Hinweise sowie die Verfahrensbriefe) sind ebenso wie diese Vergabeunterlagen bei der Erstellung des Angebots zugrunde zu legen. Antwortschreiben und Hinweise des Auftraggebers sowie Verfahrensbriefe, die die Vergabeunterlagen ergänzen, präzisieren oder abändern, gehen diesen Vergabeunterlagen vor.

Bei den in diesen Vergabeunterlagen verwendeten personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für jegliche Art von natürlichen und juristischen Personen. Sofern nicht ausdrücklich anders bestimmt, sind mit „Bieter“ sowohl natürliche als auch juristische Personen und Bietergemeinschaften gemeint; mit „Auftragnehmer“ ist der Bieter oder die Bietergemeinschaft gemeint, der/die den Zuschlag erhalten hat/haben.

II. Aufgabenbeschreibung¹²⁷

1. Beschreibung des vorgesehenen ÖPP-Projekts

(...)

¹²⁷ Die vorliegende Darstellung der Aufgabenbeschreibung für die Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen ist nur beispielhaft und keinesfalls abschließend. Sie bedarf der Anpassung auf den jeweils vorliegenden Einzelfall. Das bedeutet, dass die zu übertragenden Aufgaben erweitert aber auch reduziert werden können. Die Durchführung einer Bestandsbeurteilung wird daher z.B. nicht immer erforderlich sein. Anhand dieser Darstellung soll lediglich veranschaulicht werden, inwieweit die im Leitfaden formulierten Anforderungen (vgl. im Leitfaden Ziffer 2.5.) umgesetzt werden können.

2. Aufgabenbeschreibung der wirtschaftlich-technischen Beratung (Los 1)

Der wirtschaftlich-technische Berater soll den Auftraggeber gemeinsam mit dem juristischen Berater (vgl. sogleich Los 2) bei der Realisierung des beschriebenen ÖPP-Projekts (vgl. oben Ziffer II.1) beraten und dabei insbesondere folgende Aufgaben übernehmen:

Phase I „Bedarfsfeststellung und Maßnahmenidentifizierung“

- Durchführung einer Bestandsbeurteilung nach Maßgabe des Leitfadens der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen „Bestandsbeurteilung. Public Private Partnership im Hochbau“ vom Januar 2004 (abrufbar unter www.ppp.nrw.de), in der der Handlungs- und Investitionsbedarf des Auftraggebers festgestellt wird;
- Ermittlung der Projektdefinition (Ziele und Anforderungen des Auftraggebers);
- Überprüfung der finanziellen Realisierbarkeit des Projekts;
- Entwicklung verschiedener Realisierungskonzepte (Neubau oder Sanierung bzw. Modernisierung, konventionelle oder ÖPP-Realisierung);
- Durchführung eines ÖPP-Eignungstests, dessen Ergebnisse in einem Kurzbericht zusammenzufassen sind. An den Ergebnissen des Eignungstests räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber umfangreiche Nutzungsrechte i.S.v. §§ 31 ff UrhG ein;
- wahrzunehmende Termine: z.B. Kick-Off-Meeting, Präsentation der Ergebnisse des ÖPP-Eignungstests, voraussichtlich insgesamt: (Anzahl);
- Koordination des Beraterteams inklusive Aufstellen eines Projektzeitplans, Aufarbeitung, Zusammenfassung der Ergebnisse und Schnittstellenkoordination, Zeit- und Personaleinsatzcontrolling, laufende Information des Auftraggebers.

Phase II „Vorbereitung und Konzeption“

- Unterstützung des Auftraggebers beim Aufbau einer internen Projektorganisation in der sichergestellt wird, dass Stellen, die rechtlich und politisch an der Entscheidung über die Durchführung des Projekts mitwirken, beteiligt werden (dabei handelt es sich um folgende Stellen: (...));
- Weiterentwicklung der vorselektierten Realisierungskonzepte (Anzahl der ÖPP-Realisierungskonzepte: (...); Anzahl der Konventionellen Realisierungskonzepte (...));

- Bei der Weiterentwicklung der ÖPP-Realisierungskonzepte können folgende Varianten außer Acht gelassen werden: (...);
- Entwicklung eines Finanzierungsmodells für die Realisierungskonzepte anhand der haushaltswirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Auftraggebers inklusive Darstellung und Bewertung der Annuitäten, soweit erforderlich von Endschaftsregelungen und Einbeziehung von Fördermitteln;
- Durchführung einer vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach Maßgabe des Leitfadens des PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen „Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten“ vom April 2007 (abrufbar unter: www.ppp.nrw.de). Enthalten sind die Entwicklung eines Roh-PSCs und die Durchführung einer Risikoanalyse und Risikobewertung. An den Ergebnissen der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber umfangreiche Nutzungsrechte i.S.v. §§ 31 ff UrhG ein;
- wahrzunehmende Termine: z.B. Vorstellung und Erläuterung der Ergebnisse des Beschaffungsvariantenvergleichs in einem Workshop, Zusammen mit dem juristischen Berater Präsentation der favorisierten Beschaffungsvariante in einer Stadtratsitzung, voraussichtlich insgesamt: (Anzahl);
- Koordination des Beraterteams inklusive Aufstellen eines Projektzeitplans, Aufarbeitung, Zusammenfassung der Ergebnisse und Schnittstellenkoordination, Zeit- und Personaleinsatzcontrolling, laufende Information des Auftraggebers.

Phase III „Ausschreibung und Vergabe“

- Fortentwicklung des Organisations- bzw. Finanzierungsmodells;
- Anpassung des PSC;
- Erstellung der Outputspezifikationen für Bau/Sanierung, Instandhaltung und Betrieb (Beschreibung des Gebäudezustandes, Erstellung des Raum und Funktionsprogramms, Definition von Service-Levels und Reaktionszeiten etc.);
- Mitwirkung bei der Festlegung von Kriterien für die Auswahl der Bieter im Teilnahmewettbewerb;
- Mitwirkung bei der Ermittlung der Bewertungskriterien für die Wertung der Angebote;
- Beantwortung von technischen und wirtschaftlichen Fragen der Bieter;
- Prüfung und Auswertung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht (Aufzeigen von technischen und wirtschaftlichen Knackpunkten etc.);

- Mitwirkung an den Bieterverhandlungen;
- Unterstützung des Auftraggebers gegenüber der Kommunalaufsicht (Aufsichtsbehörde: (...));
- Durchführung einer abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei Vorlage des endverhandelten Angebotes nach Maßgabe des Leitfadens der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen „Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten“ vom April 2007 (abrufbar unter: www.ppp.nrw.de). An den Ergebnissen der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung räumt der Auftragnehmer dem Auftraggeber umfangreiche Nutzungsrechte i.S.v. §§ 31 ff UrhG ein;
- wahrzunehmende Termine: z.B. Begleitung vor der Kommunalaufsicht, Vorstellung und Erläuterung der Ergebnisse des Teilnahmewettbewerbes vor dem Stadtrat, Vorstellung und Erläuterung der Ergebnisse der Ausschreibung vor dem Stadtrat, voraussichtlich insgesamt: (Anzahl);
- Koordination des Beraterteams inklusive Aufstellen eines Projektzeitplans, Aufarbeitung, Zusammenfassung der Ergebnisse und Schnittstellenkoordination, Zeit- und Personaleinsatzcontrolling, laufende Information des Auftraggebers.

3. Aufgabenbeschreibung der juristischen Beratung (Los 2)

Der juristische Berater soll den Auftraggeber gemeinsam mit dem wirtschaftlich-technischen Berater (vgl. Los 1) bei der Realisierung des beschriebenen ÖPP-Projekts (vgl. oben Ziffer II.1) beraten und dabei insbesondere folgende Aufgaben übernehmen:

Phase I „Bedarfsfeststellung und Maßnahmenidentifizierung“

- Ermittlung der bestehenden rechtlichen Verpflichtungen des Auftraggebers im Innen- und Außenverhältnis (vor allem im Hinblick auf das Arbeits- und Organisationsrecht);
- Mitwirkung bei der Entwicklung der Realisierungskonzepte (vor allem in Hinblick auf das Haushalts-, Kommunal-, Steuer-, Vergabe-, Arbeits-, Gesellschafts- und Zuwendungsrechts);
- wahrzunehmende Termine: z.B. Kick-Off-Meeting, voraussichtlich insgesamt: (Anzahl).

Phase II „Vorbereitung und Konzeption“

- Mitwirkung bei der Weiterentwicklung der vorselektierten Realisierungskonzepte, vor allem in Hinblick auf das Haushalts-, Kommunal-, Steuer-, Vergabe-, Arbeits-, Gesellschafts- und Zuwendungsrechts (Anzahl der ÖPP-Realisierungskonzepte: (...); Anzahl der Konventionellen Realisierungskonzepte: (...));
- Bei der Weiterentwicklung der ÖPP-Realisierungskonzepte können folgende Varianten außer Acht gelassen werden: (...);
- Mitwirkung bei der Entwicklung eines Finanzierungsmodells für die Realisierungskonzepte anhand der haushaltswirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Auftraggebers und. unter Einbeziehung von Fördermitteln¹²⁸;
- Vertretung vor Kommunalaufsicht (Aufsichtsbehörde: (...));
- wahrzunehmende Termine: z.B. Vertretung vor der Kommunalaufsicht, zusammen mit dem wirtschaftlich-technischen Berater Präsentation der favorisierten Beschaffungsvariante in einer Stadtratsitzung, voraussichtlich insgesamt: (Anzahl).

Phase III „Ausschreibung und Vergabe“

- Mitwirkung an der Fortentwicklung des Organisations- bzw. Finanzierungsmodells;
- Vorbereitung, Durchführung und Koordination des gesamten Vergabeverfahrens nach Maßgabe des Leitfadens der PPP-Task Force Nordrhein-Westfalen „PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden“, August 2007 (abrufbar unter: www.ppp.nrw.de);
- Erstellung der Vergabeunterlagen inkl. Erarbeitung der Projekt- bzw. Serviceverträge;
- Strukturierung des gesamten Vergabeverfahrens (Erarbeitung eines Terminplans für den Verfahrensablauf, Erstellung der Bewerbungsbedingungen für den Teilnahmewettbewerb, Festlegung von Kriterien für die Auswahl der Bieter im Teilnahmewettbewerb, Strukturierung des Verhandlungsverfahrens oder wettbewerblichen Dialoges, Ermittlung von Bewertungskriterien für die Wertung der Angebote);

¹²⁸ Die Einbeziehung von Fördermitteln ist vom Einzelfall abhängig. Der Auftraggeber sollte den Bietern jedoch mitteilen, ob er die Entwicklung von Finanzierungsmodellen auch unter Einbeziehung von Fördermitteln wünscht.

- Führung der Vergabeakte;
- Beantwortung von Fragen bzw. Rügen der Bieter;
- Prüfung und Auswertung der Angebote zusammen mit dem wirtschaftlich-technischen Berater (Aufzeigen von rechtlichen Knackpunkten der Angebote etc.);
- Mitwirkung an den Bieterverhandlungen, Weiterentwicklung der Projekt- bzw. Serviceverträge;
- ggf. Vertretung des Auftraggebers vor Nachprüfungsbehörden;
- Unterstützung des Auftraggebers gegenüber der Kommunalaufsicht;
- wahrzunehmende Termine: z.B. Begleitung vor der Kommunalaufsicht, Vorstellung und Erläuterung der Ergebnisse des Teilnahmewettbewerbes vor dem Stadtrat, Vorstellung und Erläuterung der Ergebnisse der Ausschreibung vor dem Stadtrat, voraussichtlich insgesamt: (Anzahl).

4. Weitere Angaben

Bei der Erstellung der indikativen Angebote haben alle Bieter Folgendes zu beachten:

- Die Bieter haben in ihren Angeboten verbindlich anzugeben durch welche Personen die Beratungsleistungen erbracht werden;
- Die Kommunikation im Zuge der Beratung erfolgt primär per E-Mail, Telefon und Telefax, in besonderen Fällen über den Postweg;
- Für die wahrzunehmenden Vor-Ort Termine haben die Bieter einen Pauschalpreis (ohne Umsatzsteuer) anzugeben, in dem alle dadurch verursachten Kosten (vor allem Reisekosten) und der Aufwand für die Vorbereitung und Wahrnehmung enthalten sind;
- Die Vergütung für die Beratungsleistungen erfolgt auf Stundenbasis, zu diesem Zweck haben die Bieter in ihren Angeboten den netto Stundensatz (inklusive aller Nebenkosten wie Telekommunikation, Papier etc.) und die Anzahl der voraussichtlichen Arbeitsstunden anzugeben;
- Soweit mehr als die fest vereinbarten Vor-Ort Termine (Summe der voraussichtlichen Termine) wahrzunehmen sind, erfolgt die Vergütung anhand des Stundensatzes für Beratungsleistungen entsprechend dem tatsächlich anfallenden Zeitaufwand, zuzüglich Auslagen und Umsatzsteuer;
- Die Vergütung für die Beratungsleistungen erfolgt zum Ende der einzelnen Phasen nach Vorlage eines detaillierten Tätigkeitsnachweises;

- Die Vergütung für die fest wahrzunehmenden Vor-Ort Termine erfolgt anteilmäßig nach jedem wahrgenommenen Termin;
- Beratungsbeginn ist voraussichtlich der (Datum);
- Die erforderlichen Beratungsleistungen von Phase I sind bis zum (voraussichtliches Datum) abzuschließen;
- Die erforderlichen Beratungsleistungen von Phase II sind bis zum (voraussichtliches Datum) abzuschließen;
- Die erforderlichen Beratungsleistungen von Phase III sind bis zum (voraussichtliches Datum) abzuschließen;
- Soweit die Beratungsleistungen nicht bis zu den vertraglich vereinbarten Zeitpunkten abgeschlossen sind und der Auftragnehmer dies zu vertreten hat, ist für jede Woche weiterer Verzögerung eine Vertragsstrafe von (...) zu zahlen;
- Der Auftraggeber behält sich vor, den Vertrag ohne Angabe von Gründen fristlos jeweils zum (...) zu kündigen.

III. Vergabeverfahren

1. Name und Anschrift des Auftraggebers

(..)

2. Berater des Auftraggebers

(...)

3. Zuständige Vergabekammer

(...)

4. Art der Vergabe

Verhandlungsverfahren mit vorhergehendem Teilnahmewettbewerb gemäß § 101 Abs. 3 GWB, § 5 Abs. 1 VOF.

5. Verfahrensablauf

Das Verhandlungsverfahren nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbes erfolgt auf folgende Weise:

Die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bewerber werden auf der Grundlage dieser Vergabeunterlagen zur Abgabe „indikativer Angebote“ aufgefordert. Die Anforderungen an die indikativen Angebote ergeben sich aus Ziffer IV dieser Vergabeunterlagen.

Die fristgerecht eingereichten Angebote werden nach ihrer Öffnung zunächst im Hinblick auf die formalen Anforderungen kontrolliert. Dabei wird insbesondere geprüft, ob die Angebote ordnungsgemäß unterschrieben sind, alle erforderlichen Unterlagen enthalten und die geforderten Preise/Honorare angemessen sind. Sollte diese Prüfung negativ ausfallen, werden der oder die Bieter schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – unter Fristsetzung um Nachbesserung gebeten. Sollte diese nicht fristgerecht erfolgen, wird das Angebot ausgeschlossen. Bei scheinbar unangemessenen niedrigen Preisen werden die Bieter schriftlich - auch per Telefax oder E-Mail – darüber informiert, dass sie nach der Präsentation die Gelegenheit bekommen ihre Kalkulation zu erläutern bzw. zu korrigieren.

Nach der formellen Prüfung werden die nicht ausgeschlossenen Bieter schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – darüber in Kenntnis gesetzt, wann sie die Gelegenheit erhalten ihre indikativen Angebote in einer Präsentation vor der Auswahlkommission vorzustellen. Die Präsentation darf ein Zeitlimit von (...) Minuten nicht überschreiten und soll schwerpunktmäßig die eingereichten Konzepte über die Vorgehensweise der Beratung darstellen. Darüber hinaus werden an die Bieter nach der Präsentation (Anzahl z.B. insgesamt 5) projektbezogene Fragestellungen gestellt, deren Antworten im Rahmen der materiellen Wertung berücksichtigt werden. Im Anschluss an die Präsentation kann der Auftraggeber Rückfragen zu den Angeboten stellen und über noch offene oder klärungsbedürftige Punkte mit dem Bieter verhandeln. Sollte sich im Anschluss an die Verhandlungsgespräche die Notwendigkeit ergeben, die Angebote zu überarbeiten, werden die Bieter aufgefordert die Nachbesserungen innerhalb einer bestimmten Frist durchzuführen und die überarbeiteten Angebote in zweifacher Ausfertigung beim Auftraggeber einzureichen.

Anschließend erfolgt die materielle Wertung der abgegebenen und ggf. überarbeiteten Angebote nach den unter Ziffer III.15. genannten Zuschlagskriterien. Der Vertrag wird mit dem Bieter abgeschlossen, dessen Angebot die höchste Punktzahl erreicht hat. Der Vertragsschluss erfolgt erst 14 Kalendertage nach Versendung der Vorabinformation i.S.v. § 13 VgV an die unterlegenen Bieter.

6. Auswahlkommission

Die Auswahlkommission setzt sich zusammen aus: (...)

7. Fragen zum Vergabeverfahren und zu den Vergabeunterlagen

Fragen der Bieter zu den Vergabeunterlagen oder zum Vergabeverfahren sind ausschließlich schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – zu richten an ... (Name und Anschrift einer Ansprechperson beim Auftraggeber oder des Beraters des Auftraggebers). Fragen, die der o.g. Stelle nicht schriftlich – auch per Telefax oder E-Mail – bis zum (Datum) vorliegen, werden nicht beantwortet. Antworten auf Fragen von allgemeinem Interesse werden allen Bietern zugesandt. Angebotsspezifische Fragen werden vertraulich behandelt und nur gegenüber dem anfragenden Bieter beantwortet.

8. Zeitlicher Rahmen des Vergabeverfahrens

Die indikativen Angebote sind in zweifacher Ausfertigung bis spätestens zum (Datum, Uhrzeit) bei dem Auftraggeber (Name und Adresse des Auftraggebers), in der gemäß Ziffer IV vorgesehenen Form abzugeben. Nachstehend sind die vom Auftraggeber vorgesehenen Verfahrenstermine und -fristen aufgeführt:

- Die Präsentationen und Verhandlungen sollen in der Zeit vom (Datum) bis zum (Datum) durchgeführt werden.
- Der Vertragsabschluss ist für den (Datum) vorgesehen.

Der Auftraggeber behält sich vor, diesen Zeitplan im Verlauf des Verfahrens abzuändern, insbesondere die vorgesehenen Fristen zu verlängern, soweit es sich für einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf als notwendig erweist.

9. Vollständigkeit und Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen

Der Bieter hat sich von der Vollständigkeit der ihm überlassenen Unterlagen zu überzeugen. Bei Unvollständigkeit der Unterlagen hat er die unter Ziffer III.1 genannte Stelle unverzüglich schriftlich, per Telefax oder E-Mail darüber zu unterrichten. Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bieters Unklarheiten, die die Preisermittlung beeinflussen können, so hat der Bieter die unter Ziffer III.1 genannte Stelle vor Abgabe seines Angebots schriftlich, per Telefax oder E-Mail darauf hinzuweisen. Der Bieter hat den Auftraggeber auf eventuelle Widersprüche in den Vergabeunterlagen und auf Unvollständigkeit der ausgeschriebenen Beratungsleistungen unverzüglich schriftlich oder per Telefax an die unter Ziffer III.1 genannte Stelle aufmerksam zu machen.

10. Öffnung der Angebote

Die Öffnung der Angebote erfolgt unmittelbar nach Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote. Die Bieter und ihre Bevollmächtigten sind zur Öffnung der Angebote nicht zugelassen.

11. Vertraulichkeit

Diese Vergabeunterlagen und ihre Anlagen sowie die darin enthaltenen Informationen und alle weiteren von dem Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen sind vom Bieter auch nach dem Abschluss des Verfahrens vertraulich zu behandeln, soweit sie nicht öffentlich zugänglich oder bekannt sind oder ohne Mitwirkung der Bieter bekannt werden. Diesbezüglich haben die Bieter bzw. alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft sowie alle Nachunternehmer mit der Abgabe des indikativen Angebots die beigefügte Vertraulichkeitsvereinbarung (vgl. Formblatt [...] Vertraulichkeitsvereinbarung) zu unterzeichnen. Vorsätzliche oder schwerwiegende Verletzungen der Vertraulichkeitsverpflichtung führen zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren.

12. Schutz der Verfahrensintegrität

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller interessierten Unternehmen bzw. Bieter sowie deren Berater ist es nicht gestattet, zusätzliche oder vertrauliche Informationen über das Vorhaben sowie das Ausschreibungsverfahren von dem Auftraggeber oder den Beratern des Auftraggebers zu erlangen oder zu nutzen. Ausgenommen davon sind Informationen, die öffentlich zugänglich sind oder allen interessierten Unternehmen bzw. Bewerbern im Rahmen dieses Teilnahmewettbewerbs durch den Auftraggeber oder dessen Berater zugänglich gemacht werden.

Es ist interessierten Unternehmen bzw. den Bietern und ihren Beratern ausdrücklich nicht gestattet, ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Themen im Zusammenhang mit dem Vorhaben oder mit dem Vergabeverfahren, mit Ausnahme der Fragen zum Vergabeverfahren und zu den Vergabeunterlagen gemäß Ziffer III.7, mit dem Auftraggeber oder den Beratern zu erörtern.

13. Urheberrecht und Kennzeichnung von Geheimnissen

Das Urheberrecht der Bieter an den eingereichten Unterlagen wird gewahrt. Die Bieter können ihre Unterlagen nach Abschluss des Verfahrens bei dem Auftraggeber abholen. Der Auftraggeber ist berechtigt, für Revisions- und Dokumentationszwecke eine

vollständige Ausfertigung zu behalten. Der Auftraggeber und seine Beauftragten sind nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Bieters Angebote ganz oder auszugsweise zu veröffentlichen oder Informationen über deren Inhalte an nicht mit der Vorprüfung und Auswahl befasste Dritte weiterzuleiten.

Der Bieter wird aufgefordert, die Teile seines Angebots, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse beinhalten, auf jeder betreffenden Seite deutlich entsprechend zu kennzeichnen.

14. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

Angebote von Bietern, die sich im Zusammenhang mit diesem Vergabeverfahren an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligen, werden ausgeschlossen.

15. Zuschlagskriterien

15.1. Zuschlagskriterien für die Wertung der Angebote auf Los 1

Die Auswahl der Angebote für Los 1 erfolgt anhand der folgenden Kriterien:

- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Bestandsbeurteilung;
- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III);
- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Projektsteuerung des Beraterteams;
- Qualität der Präsentation;
- Preis/Honorar.

Die jeweiligen Unterkriterien und die Gewichtung ergeben sich aus der Bewertungsmatrix zu Los 1 (vgl. Anlage 1).

15.2. Zuschlagskriterien für die Wertung der Angebote auf Los 2

Die Auswahl der Angebote für Los 2 erfolgt anhand der folgenden Kriterien:

- Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der juristischen Beratung für Phase I bis III;
- Qualität der Präsentation;

- Preis/Honorar.

Die jeweiligen Unterkriterien und die Gewichtung ergeben sich aus der Bewertungsmatrix zu Los 2 (vgl. Anlage 2).

IV. Angebotsbedingungen

1. Angebotsfrist, Form und Inhalt der Angebote

Die indikativen Angebote sind bis spätestens zum (Datum) bei dem Auftraggeber (Anschrift des Auftraggebers) in zweifacher Ausfertigung und kostenfrei für den Auftraggeber abzugeben.

Angebote können vom (Datum) bis zum (Datum) zwischen (Uhrzeit) und (Uhrzeit) Uhr bei vorgenannter Adresse persönlich oder per Boten abgegeben werden. Postsendungen sind als Einschreiben mit Rückschein aufzugeben.

Die Angebote sind in einem verschlossenen Umschlag oder Behältnis vor Ablauf der Angebotsfrist einzureichen. Auf dem Umschlag ist neben dem Adressfeld die Aufschrift anzubringen: „Angebot für ÖPP-Beratungsleistungen“ Nicht vor dem (Datum) öffnen. Elektronische Angebote werden nicht zugelassen.

Die indikativen Angebote müssen vollständig sein. Die indikativen Angebote sind auf der Grundlage der Formblätter mit den gemäß Ziffer IV.2 beizufügenden Unterlagen abzugeben. Die Angebote müssen zwingend die Mindestanforderungen gemäß Ziffer (...) der Aufgabenbeschreibung einhalten. Es muss sich aus dem indikativen Angebot nachprüfbar und übersichtlich (vorzugsweise in einer Übersicht zum indikativen Angebot) ergeben, dass diese Mindestanforderungen erfüllt werden. Das indikative Angebot muss die Preise und die in den Vergabeunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten. Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein.

Die indikativen Angebote sowie die Formblätter, Erklärungen und Nachweise müssen (soweit vorgesehen) durch bevollmächtigte Vertreter unterschrieben sein. Der Name des/der Unterzeichnenden ist anzugeben.

2. Dem indikativen Angebot beizufügende Unterlagen

Das indikative Angebot zu Los 1 ist mit dem (als Formblatt [...]) beigefügten Anschreiben abzugeben. Dem Angebot sind die folgenden Anlagen (ausgefüllte Formblätter, Angaben und Nachweise) beizufügen:

- (Benennung der Formblätter);
- Konzept über die Vorgehensweise bei der Bestandsbeurteilung des Gebäudebestandes;
- Konzept über die Vorgehensweise bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III);
- Konzept über die Vorgehensweise bei der Projektsteuerung des Beraterteams.

Das indikative Angebot zu Los 2 ist mit dem (als Formblatt [...]) beigefügten Anschreiben abzugeben. Dem Angebot sind die folgenden Anlagen (ausgefüllte Formblätter, Angaben und Nachweise) beizufügen:

- (Benennung der Formblätter);
- Konzept über die Vorgehensweise bei der juristischen Beratung der Phase I bis III.

3. Entschädigung der teilnehmenden Unternehmen

Kosten für die Ausarbeitung der Angebote werden nur unter den Voraussetzungen von § 15 VOF erstattet.

4. Nebenangebote

Nebenangebote sind nicht zugelassen.

5. Nachunternehmer

Beruft sich der Bieter darauf, Teile der Leistungen von Nachunternehmern ausführen zu lassen, muss er seinem Angebot das ... (Formblatt [...] „Verzeichnis der Nachunternehmer“) beifügen und darin Art und Umfang der durch Nachunternehmer auszuführenden Leistungen sowie die dafür vorgesehenen Nachunternehmer benennen. Dem ... (Formblatt [...] „Angaben über die Qualifikation“) ist außerdem das vom Nachunternehmer unterschriebene ... (Formblatt [...] „Erklärung der Nachunternehmer“) beizufügen.

6. Sprache

Die Angebote sowie die spätere Korrespondenz sind in deutscher Sprache abzufassen.

7. Zuschlag

Nach interner Entscheidung über den vorgesehenen Vertragsabschluss wird der Auftraggeber den anderen nicht berücksichtigten Bietern gemäß § 13 VgV den Namen des erfolgreichen Bieters sowie die jeweiligen Gründe für deren Nichtberücksichtigung 14 Tage vor dem Vertragsschluss schriftlich mitteilen und den Bieter, mit dem der Vertrag abgeschlossen werden soll, zum Vertragsschluss auffordern.

Mit der Abgabe des Angebotes unterliegt der Bieter auch den Bestimmungen über nicht berücksichtigte Angebote (§ 17 Abs. 4 VOF).

Anlage 1¹²⁹

Bewertungsmatrix Los 1 "Wirtschaftlich-technische Beratung"					
Kriterium	Unterkriterien	Punktzahl	Gewichtung	BP	LP
Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Bestandsbeurteilung			in %		
	Schlüssigkeit	0 - x Punkte	(...)		
	Projektorganisation	0 - x Punkte	(...)		
	Methodik	0 - x Punkte	(...)		
	Dokumentation / Art und Weise der Darstellung der Ergebnisse	0 - x Punkte	(...)		
Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (Phase I bis III)					
	Schlüssigkeit	0 - x Punkte	(...)		
	Projektorganisation	0 - x Punkte	(...)		
	Methodik	0 - x Punkte	(...)		
	Dokumentation / Art und Weise der Darstellung der Ergebnisse	0 - x Punkte	(...)		
Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der Projektsteuerung des Beraterteams					
	Schlüssigkeit	0 - x Punkte	(...)		
	Projektorganisation	0 - x Punkte	(...)		
	Methodik	0 - x Punkte	(...)		
	Dokumentation / Art und Weise der Darstellung der Ergebnisse	0 - x Punkte	(...)		
Qualität der Präsentation					
	Art und Weise der Darstellung	0 - x Punkte	(...)		
	Einhaltung Zeitlimit	0 - x Punkte	(...)		

¹²⁹ Die vorliegende Bewertungsmatrix ist nur beispielhaft und keinesfalls abschließend. Sie bedarf der Anpassung auf den jeweils vorliegenden Einzelfall. Anhand dieser Darstellung soll lediglich veranschaulicht werden, inwieweit die im Leitfaden formulierten Anforderungen (vgl. Leitfaden Ziffer 5.) umgesetzt werden können.

Kriterium	Unterkriterien	Punktzahl	Gewichtung	BP	LP
	Kommunikationsfähigkeit	0 - x Punkte	(...)		
	Überzeugungskraft	0 - x Punkte	(...)		
	Qualität der Antworten auf projektbezogene Fragestellungen	0 - x Punkte	(...)		
Preis/Honorar					
	Stundensatz	0 - x Punkte	(...)		
	Pauschalpreis	0 - x Punkte	(...)		
	Insg. 100%				
				Summe	

BP = Bewertungspunkte

LP = Leistungspunkte (BP multipliziert mit Gewichtung)

Bewertungsmatrix Los 2 "Juristische Beratung"

Kriterium	Unterkriterien	Punktzahl	Gewichtung	BP	LP
Qualität des Konzepts über die Vorgehensweise bei der juristischen Beratung für Phase I bis III			in %		
	Schlüssigkeit	0 - x Punkte	(...)		
	Projektorganisation	0 - x Punkte	(...)		
	Methodik	0 - x Punkte	(...)		
	Dokumentation / Art und Weise der Darstellung der Ergebnisse	0 - x Punkte	(...)		
Qualität der Präsentation					
	Art und Weise der Darstellung	0 - x Punkte	(...)		
	Einhaltung Zeitlimit	0 - x Punkte	(...)		
	Kommunikationsfähigkeit	0 - x Punkte	(...)		
	Überzeugungskraft	0 - x Punkte	(...)		
	Qualität der Antworten auf projektbezogene Fragestellungen	0 - x Punkte	(...)		
Preis/Honorar					
	Stundensatz	0 - x Punkte	(...)		
	Pauschalpreis	0 - x Punkte	(...)		
			Insg. 100%		
				Summe	

BP = Bewertungspunkte

LP = Leistungspunkte (BP multipliziert mit Gewichtung)

¹³⁰ Die vorliegende Bewertungsmatrix ist nur beispielhaft und keinesfalls abschließend. Sie bedarf der Anpassung auf den jeweils vorliegenden Einzelfall. Anhand dieser Darstellung soll lediglich veranschaulicht werden, inwieweit die im Leitfaden formulierten Anforderungen (vgl. Leitfaden Ziffer 5.) umgesetzt werden können.