

Universität Leipzig

Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management, Finanzwissenschaft

Prof. Dr. Thomas Lenk

Juli 2014

Arbeitspapier Nr. 47

**Einschätzung der Notwendigkeit und Zulässigkeit der Nutzung von
Realwerten für die Wirtschaftlichkeitsbewertung von ÖPP-Projekten**

Dipl.-Vw./Dipl.-Kfm. Mario Hesse

M.Sc. (Vwl) Oliver Lück

Dr. Christine Meyer, Ass. Jur.

Dipl. Politologe/Dipl. Verw.-wiss. Matthias Redlich

Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management
- Finanzwissenschaft -
Neues Augusteum
Augustusplatz 10
D-04109 Leipzig, Germany
Tel: +49 -341 / 97 33 580
Fax: +49 -341 / 97 33 589
E-Mail: fiwi@wifa.uni-leipzig.de

Das vorliegende Arbeitspapier entstand im Rahmen der Tätigkeit des ÖPP-Kompetenzzentrums
Sachsen am Institut für Öffentliche Finanzen und Public Management

www.oep-sachsen.de

ISSN 1437-5761

Alle Rechte vorbehalten

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	3
II.	Allgemeine Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit	4
III.	Anwendungsbereich der VwV KommInvest.....	4
1.	Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als Genehmigungsvoraussetzung	5
2.	Implikationen für die sächsischen Kommunen.....	8
3.	Ausschreibungsmodelle der VwV KommInvest	8
a.	Fachlose-/GU-Ausschreibung	9
b.	Parallelausschreibung.....	11
c.	ABC-Ausschreibung	12
IV.	Juristische Analyse der von der VwV KommInvest vorgegebenen Ausschreibungsmodelle.....	13
1.	Ein unzulässiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung?.....	13
2.	Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze?.....	15
a)	Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot	16
i.	Fachlose-/GU-Ausschreibung	16
ii.	Parallelausschreibung.....	17
iii.	ABC-Ausschreibung.....	18
b.	Beschränkung der zulässigen Gründe für eine Aufhebung eines Vergabeverfahrens.....	20
c.	unzulässige Markterkundung.....	20
i.	Fachlose-/GU-Ausschreibung	23
ii.	Parallelausschreibung.....	23
iii.	ABC-Ausschreibung.....	24
iv.	Zusammenfassung: unzulässige Markterkundung.....	24
V.	Ökonomische Analyse der von der VwV KommInvest vorgegebenen Ausschreibungsmodelle in Bezug auf ÖPP	25
1.	Fachlose-/GU-Ausschreibung	25
2.	Parallelausschreibung.....	31
3.	ABC-Ausschreibung.....	31
VI.	Synchronisation der gefundenen juristischen und ökonomischen Ergebnisse.....	35
1.	Fachlose-/GU-Ausschreibung	35
2.	Parallelausschreibung (erste Auslegungsalternative).....	35
3.	ABC-Ausschreibung.....	36
4.	Fazit	36

I. Einleitung

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen dienen Kommunen als Instrument der Haushaltswirtschaft. Die Haushaltswirtschaft zählt zwar zur kommunalen Selbstverwaltung und gehört damit in den Kompetenzbereich der Kommunen, die insofern eigenständig tätig werden. Allerdings sind die sächsischen Kommunen zur sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verpflichtet. Rechtsgrundlage dafür ist § 72 Abs. 2 S. 1 SächsGemO: *„Die Haushaltswirtschaft ist sparsam und wirtschaftlich zu führen.“* Um bei Planung und Durchführung von kommunalen Investitionsprojekten diesem Gebot nachkommen zu können, werden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchgeführt. Sie dienen als Nachweis, dass bei Investitionsvorhaben den existierenden Anforderungen an die Angemessenheit (im Sinne eines sparsamen Mitteleinsatzes) und der Realisierbarkeit (im Sinne der Verfügbarkeit der Bau- und Betriebsmittel Rechnung getragen wird.

Für finanzwirksame Maßnahmen sind somit gemäß § 7 SäHO i. V. m. § 72 SächsGemO zwingend Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen anzustellen. Als originärer Teil der kommunalen Selbstverwaltung obliegt die genaue Ausgestaltung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen allerdings grundsätzlich der Verantwortung der Kommunen. Gleichwohl sind allgemeine Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit zu beachten, die im Kapitel II dargestellt sind. Sofern die Kommune eine andere als die konventionelle Beschaffungsvariante wählt, bedürfen die damit verbundenen Zahlungsverpflichtungen nach § 82 Abs. 5 S. 1 SächsGemO einer Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts. In diesem Fall kommen zu den in § 72 Abs. 2 SächsGemO festgesetzten Anforderungen, zusätzlich die Anforderungen der *Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich* (VwV KommInvest) zum Tragen. Die Rechtsaufsichtsbehörde kann das Rechtsgeschäft nur bei Einhaltung dieser spezifischen Anforderungen, welche im Kapitel III dargestellt werden, genehmigen. Für die Genehmigungsfähigkeit von alternativen Beschaffungsvarianten in Öffentlich-Privater Partnerschaft (ÖPP) verlangt die VwV KommInvest insbesondere die Durchführung eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs.

Im Wirtschaftlichkeitsvergleich werden unterschiedliche (zumindest die konventionelle und die alternative) Beschaffungsvarianten bezüglich ihrer Wirtschaftlichkeit analysiert und nach einheitlichen Kriterien gegenübergestellt. Die im Vergleich wirtschaftlichste Variante wird umgesetzt. Für einen aussagekräftigen Vergleich ist belastbares Zahlenmaterial für alle zu vergleichenden Beschaffungsalternativen erforderlich. Diese können in der Regel nur durch Schätz- und Erfahrungswerte bestimmt oder durch konkrete Ausschreibung gewonnen werden. Insofern für die Gewinnung belastbarer Plandaten eine Ausschreibung der verschiede-

nen Beschaffungsvarianten verlangt wird, ist zu prüfen, wie in welchen Modellen eine solche parallele Ausschreibung der verschiedenen Beschaffungsvarianten möglich und zulässig ist. Entsprechende juristische und ökonomische Analysen werden in Kapitel IV und V vorgenommen. Schließlich werden die generierten Ergebnisse in Kapitel VI systematisiert und zusammengefasst und erlauben eine abschließende Bewertung der Anforderungen der VwV KommlInvest.

II. Allgemeine Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit

Eine Legaldefinition des Begriffs der „Wirtschaftlichkeit“ existiert nicht. Vielmehr stellt die „Wirtschaftlichkeit“ einen sehr weit gefassten und unbestimmten Rechtsbegriff dar. Es handelt sich hierbei um einen Grundsatz der gesamten öffentlichen Verwaltung¹. Der Begriff tritt dabei in der Regel als Teil des Begriffspaares „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ auf. Hieraus folgt, dass diese beiden Begriffe nicht identisch sind. Während die Sparsamkeit allein auf die Kosteneffizienz² abstellt, geht es bei der Wirtschaftlichkeit auch darum, „bessere“ Leistungen zu erwirken.³ Darüber hinaus bleibt es den Kommunen selbst überlassen, die Wirtschaftlichkeit zu prüfen und diesbezüglich Parameter aufzustellen.

Während die Wirtschaftlichkeit bei kommunalen Projekten generell zu prüfen ist, wird bei ÖPP-Projekten der Vergleich von mindestens zwei Durchführungsvarianten verlangt: der Eigenrealisierung auf der einen und der ÖPP-Realisierung auf der anderen Seite.

Allerdings müssen die Kommunen die Prüfung der Wirtschaftlichkeit auf eine Weise vornehmen, die es ihnen ermöglicht, der entsprechenden Rechtsaufsichtsbehörde die Wirtschaftlichkeit der präferierten Variante nachzuweisen.

III. Anwendungsbereich der VwV KommlInvest

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens i. S. v. § 82 Abs. 5 SächsGemO prüft die Rechtsaufsichtsbehörde drei Aspekte: erstens, ob die dauernde Leistungsfähigkeit der Kommune nicht beeinträchtigt wird, zweitens, ob das Projekt die Anforderungen der Wirtschaftlichkeit

¹ Vgl. zum Beispiel Art. 114 Abs. 2 GG, § 6 HGrG oder umfassend dazu *Schmidt*, Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung.

² Kosteneffizienz liegt dann vor, wenn ein gewünschter Ertrag oder ein gewünschtes Produkt bei gegebenen technischen Bedingungen nicht zu niedrigeren Kosten hergestellt werden kann.

³ Der Begriff der Wirtschaftlichkeit impliziert, dass der Weg zur Zielerreichung nicht determiniert ist.

und Sparsamkeit erfüllt und drittens, ob die Erbringung der kommunalen (Pflicht-)Aufgaben durch das Projekt sichergestellt wird. Im Hinblick auf die Voraussetzung der Wirtschaftlichkeit des kommunalen Projekts kann die Rechtsaufsichtsbehörde eine Genehmigung nach § 82 Abs. 5 i. V. m. Abs. 2 SächsGemO nur dann versagen, wenn sich auf der Grundlage der durch die Kommune vorgelegten Unterlagen ergibt, dass eine Durchführung des konkreten Projekts „unwirtschaftlich“ ist. Für ihre Entscheidung hat die Rechtsaufsichtsbehörde die Weisungen der ihr übergeordneten Behörde (des Sächsischen Staatsministeriums des Innern) zu beachten. Entsprechende Weisungen liegen in Form von Einzelweisungen (Schreiben an die Landesdirektionen) bzw. mit der VwV KommlInvest in der Form einer generell-abstrakten Anordnung vor. Sowohl die Einzelweisungen als auch die VwV KommlInvest haben eine verbindliche Wirkung, welche sich allerdings lediglich auf das Innenverhältnis erstreckt.

1. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als Genehmigungsvoraussetzung

Im Hinblick auf die Anforderungen an eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bestimmt die VwV KommlInvest (Anlage III):

„Damit der Wirtschaftlichkeitsvergleich aussagekräftig ist, sind die Parameter für den Kostenvergleich so sorgfältig wie möglich zu ermitteln. Hierzu sind dem Wirtschaftlichkeitsvergleich die Ergebnisse der Ausschreibung für den Eigenbau, das Investorenmodell und gegebenenfalls (...) die Finanzierung zugrunde zu legen.“

Noch deutlicher wurden diese Erfordernisse im Schreiben des SMI vom 13.08.2007 formuliert:

„Die Rechtsaufsichtsbehörde kann das kreditähnliche Rechtsgeschäft in der Regel nicht genehmigen, wenn die dem Investorenvorhaben gegenüberzustellenden Kosten einer Eigenrealisierung nur geschätzt, auf anderer Berechnungsgrundlage oder erst nachträglich ermittelt wurden.“

Da die Rechtsaufsichtsbehörden bei der Wahrnehmung ihrer Genehmigungsaufgaben an den Inhalt der Weisungen gebunden sind, müssten sie grundsätzlich bei einer fehlenden „parallelen Ausschreibung“ durch die Kommunen die Genehmigung des ÖPP-Projekts versagen.

Innerhalb des ÖPP-Verfahrens müssen verschiedene Prüfungsstufen absolviert werden, bevor eine Infrastrukturmaßnahme als ÖPP-Projekt umgesetzt werden darf. Ein belastbarer Wirtschaftlichkeitsvergleich ist die elementare Grundvoraussetzung, um ÖPP und konventionelle Beschaffungsvariante (KBV) zu vergleichen. Grundsätzlich werden drei verschiedene Phasen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten unterschieden. Doch nur

wenn dem anvisierten ÖPP-Projekt im Vergleich zur konventionellen Realisierung auch am Ende bei der abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung eine höhere Wirtschaftlichkeit konzediert werden kann, darf dieses auch realisiert werden. Andernfalls ist eine konventionelle Realisierung zu wählen.⁴

Die erste Phase umfasst die *Maßnahmenwirtschaftlichkeit* und den *ÖPP-Eignungstest*. Hier steht zunächst die Ermittlung eines tatsächlichen Investitionsbedarfs der öffentlichen Hand mit Hilfe von Bestands- und Bedarfsanalyse im Vordergrund. Abschließend wird anhand verschiedener Kriterien überprüft, ob sich das angestrebte Investitionsvorhaben grundsätzlich dafür eignet, als ÖPP-Projekt umgesetzt zu werden. Dabei wird insbesondere auf Projekteigenschaften wie das Projektvolumen oder die Risikoallokation zwischen den Projektpartnern abgestellt. Fällt der Eignungstest negativ aus, kommt eine ÖPP-Durchführung nicht in Betracht. Doch auch ein positives Ergebnis ist noch keine endgültige Festlegung auf die Beschaffungsalternative ÖPP.⁵

In der zweiten Phase wird eine *vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung* (vWU) erstellt. Im Unterschied zum Wirtschaftlichkeitsvergleich der KBV wird bei ÖPP in der Regel von Anfang an der gesamte Lebenszyklus der anvisierten Infrastruktureinrichtung betrachtet. Zusätzlich zu den Anschaffungskosten werden die Folgekosten für Wartung- und Instandhaltung und für den laufenden Betrieb analysiert. Ebenso kann die Finanzierung Teil der Betrachtung sein.⁶ Dabei erfolgt ein erster Vergleich von ÖPP und konventioneller Realisierung. Um für beide Beschaffungsvarianten ein valides Ergebnis anhand von quantitativen Daten vorliegen zu haben, müssen somit von den Planungs-, Investitions-, Finanzierungs- und Betriebskosten bis zu den Transaktions- und Risikokosten alle Kenngrößen zugrunde gelegt werden, die im Lebenszyklus der Infrastruktureinrichtung von Bedeutung sind. Für die konventionelle Realisierung wird dabei der sogenannte Public Sector Comparator (PSC) ermittelt. Die Kostenermittlung des PSC beruht auf den Projektvorgaben und den bereits vorhandenen Planungsunterlagen. Aufgrund des frühen Projektstadiums basieren die Daten zumeist auf Plausibilitäten, Erfahrungs- und Schätzwerten. Doch kann u. a. mit den Publikationen des *Baukosteninformationszentrums Deutscher Architektorkammern* (BKI) auf verschiedene Instrumente zurückgegriffen werden, die die statistischen Kostenkennwerte für Investitions- und Betriebs-

⁴ Siehe hierzu den Leitfaden der länderoffenen Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ und der Bundes-Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ (2006): Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten, S. 11 – 39.

⁵ Siehe ebd., S. 13-19.

⁶ Siehe hierzu Hesse/Lück/Redlich (2013): Empirischer Vergleich von KBV und ÖPP.

ausgaben für verschiedene Typen von Infrastruktureinrichtungen dokumentieren⁷ und somit der öffentlichen Hand eine möglichst fundierte Ermittlung dieser Kosten ermöglichen. Darüber hinaus liegt den meisten Körperschaften der öffentlichen Hand erfahrungsbasiertes Wissen aus früheren Projekten vor, das von der Verwaltung einbezogen wird. Ebenso verlassen sich die Kommunen hier, wie auch bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zu ihren konventionell realisierten Projekten, auf externen Sachverstand von Planungsbüros, Experten und Beratern. Der Rückgriff auf Sensitivitäts- und Szenarioanalysen ist in diesem Projektstadium zu empfehlen, um bereits verschiedene, noch in der Zukunft liegende Entwicklungswahrscheinlichkeiten angemessen zu berücksichtigen. Auf Grundlage des PSC erfolgt die Bestimmung der Kosten der ÖPP-Variante. Deren Kennwerte werden auf die gleiche Weise ermittelt und der Eigenrealisierung gegenübergestellt. Stellt sich die ÖPP-Variante in der vWU als unwirtschaftlicher als die Eigenrealisierung heraus, wird sie nicht weiter verfolgt. Andernfalls wird das Projekt als ÖPP ausgeschrieben. Dies bedeutet allerdings nicht, dass am Ende auch eine ÖPP-Realisierung stattfinden wird.⁸

Die dritte Phase umfasst die ÖPP-Ausschreibung des Projekts und die *abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung* (WU). Die durch die Ausschreibung für die ÖPP-Umsetzung erhaltenen Angebote liefern reale und belastbare Zahlen. Die Wirtschaftlichkeit der Angebote wird dabei in zweifacher Weise analysiert. Zum einen werden die Ausschreibungsergebnisse miteinander verglichen. Zum anderen findet eine abschließende Gegenüberstellung mit der konventionellen Realisierung statt. Für valide Aussagen ist es dabei wichtig, dass der PSC fortgeschrieben und an grundsätzliche Veränderungen der Ausgangssituation angepasst wird.⁹ Sind die erhaltenen Angebote nicht wirtschaftlicher als der konventionelle Vergleichswert, darf kein ÖPP durchgeführt werden. Das Projekt wird in diesem Fall konventionell realisiert. Fällt der abschließende Wirtschaftlichkeitsvergleich zu Gunsten von ÖPP aus, wird der Bieter mit dem wirtschaftlichsten ÖPP-Angebot von der öffentlichen Hand mit der Durchführung des Projekts betraut werden.¹⁰

Im abschließenden *Projektcontrolling* wird das laufende Projekt während der gesamten Vertragsdauer begleitet und geprüft. Dabei muss der Bieter kontinuierlich die Einhaltung der

⁷ Siehe z. B. BKI Baukosteninformationszentrum (Hrsg.)(2012): BKI Objektdaten. NK4. Nutzungskosten. Kosten von Bestandsimmobilien und statistische Kostenkennwerte, Universität Stuttgart.

⁸ Vgl. Länderoffenen Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ und Bundes-Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ (2006), S. 20-35.

⁹ Siehe hierzu genauer Hesse/Lück/Redlich (2013): Empirischer Vergleich von KBV und ÖPP, S. 39f.

¹⁰ Vgl. Länderoffenen Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ und Bundes-Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ (2006),S. 35- 38.

vertraglich zugesicherten Leistungen und Kosten nachweisen.¹¹ Diese Phase endet mit dem Ende der Projektlaufzeit bzw. der Verwertung der Infrastruktureinrichtung. Auf Grundlage des Projektcontrollings kann ein abschließender Vergleich der Plan- mit den tatsächlich eingetretenen Ist-Kosten erstellt und der Grad der letztendlichen Zielerreichung bestimmt werden.¹²

Vor dem Hintergrund dieses Verfahrens zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit eines ÖPP-Projekts sind die Anforderungen und Vorschriften der VwV KommInvest auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu bewerten.

2. Implikationen für die sächsischen Kommunen

Die Einzelweisungen sowie die VwV KommInvest, als abstrakt-generelle Weisung, gelten nur im Verhältnis des SMI zu den Rechtsaufsichtsbehörden, entfalten aber gegenüber den Kommunen keine direkte verbindliche Wirkung. Das bedeutet, dass die Kommunen grundsätzlich unabhängig von diesen Vorschriften entscheiden können, auf welche Art und Weise sie die Wirtschaftlichkeit geplanter Projekte untersuchen. Hierbei können die Kommunen beispielsweise auch die Auffassung vertreten, dass ein auf Schätzwerten beruhender Wirtschaftlichkeitsvergleich ausreichend ist.

In diesem Fall ist allerdings damit zu rechnen, dass die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde die Genehmigung des beantragten ÖPP-Projekts aufgrund einer, nicht als ausreichend bewerteten Wirtschaftlichkeitsprüfung versagt. Die planende Gemeinde könnte sich mittels eines Widerspruchs gegen die Ablehnung wehren. Wenn auch das Widerspruchsverfahren für die Gemeinde erfolglos ausgeht, bleibt ihr nur noch die Möglichkeit im Wege einer Klage gegen den Ablehnungsbescheid vorzugehen. Sie könnte dann vor dem zuständigen Verwaltungsgericht eine Verpflichtungsklage auf Erteilung der Genehmigung anstrengen.

3. Ausschreibungsmodelle der VwV KommInvest

Die VwV KommInvest verweist in der Anlage II „Hinweise zur Auftragsvergabe und zur Vertragsgestaltung“ auf drei verschiedene Ausschreibungsmodelle, welche zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit von Kommunen in Anspruch genommen werden können. Dies sind erstens die **Fachlose-/Generalunternehmer(GU)-Ausschreibung**, zweitens die **Parallelausschreibung** und drittens die **ABC-Ausschreibung**. Ein Blick in Rechtsprechung und Literatur offenbart, dass den genannten Ausschreibungsmodellen verschiedene, oftmals sogar

¹¹ Vgl. Kranert-Rydzky (2013): Knast in Burg wird immer teurer, in: Mitteldeutsche Zeitung, 11.04.2013.

¹² Vgl. Länderoffenen Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ und Bundes-Arbeitsgruppe „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ (2006), S. 38f.

konträre Bedeutungen zugesprochen werden.¹³ Die Grundintention der drei Ausschreibungstypen ist jedoch gleich und besteht darin, durch die Ausschreibung verschiedener Realisierungsvarianten eines Projekts die wirtschaftlichste Art und Weise der Verwirklichung eines einzigen Leistungsgegenstands zu ermitteln.

a. Fachlose-/GU-Ausschreibung

Bei einer Fachlose-/GU-Ausschreibung wird in der Regel nur das Bauvorhaben als Hauptangebot ausgeschrieben, allerdings werden zwei alternative Wege der Vergabe angeboten: erstens die Vergabe des Gesamtprojekts „am Stück“ an einen GU und zweitens eine Stückelung des Gesamtvorhabens in Fachlose, sodass eine entsprechende Vergabe an mehrere Unternehmen möglich ist. Die Aufteilung in Fachlose richtet sich nach den einzelnen Baugewerken, so können bspw. Maurer-, Zimmer- und Elektroarbeiten getrennt vergeben werden.¹⁴ Diese Aufsplitterung des Gesamtvorhabens in Fachlose ermöglicht es spezialisierten Betrieben, sich auch bei komplexen Projekten auf das Angebot zu bewerben. Die Angebotsabgabe eines Bieters kann sich damit auf nur eine einzelne Leistungsart wie die Maurerarbeiten beschränken, aber auch auf das gesamte Bauvorhaben (GU-Vergabe) erfolgen. Den Unternehmen steht es grundsätzlich frei, ob sie sich nur auf einzelne Fachlose oder (allein bzw. mit anderen Unternehmen zusammen) als GU auf die Bündelung aller Fachlose oder sogar auf beide Ausschreibungsalternativen bewerben. Damit ermöglicht dieses Modell den Vergleich von zwei verschiedenen Angebotsvarianten.¹⁵

Gemäß der VwV KommInvest sind neben dem Hauptangebot (Bauvorhaben) Nebenangebote – die Finanzierung und gegebenenfalls den Betrieb der Anlage betreffend – zugelassen. Allerdings wird lediglich das Hauptangebot von der Kommune umfassend ausformuliert und am Ende auch zwingend vergeben. Nebenangebote im Hinblick auf Finanzierung und Be-

¹³ *Kumlehn*, Ausschreibungs- und Vergabemodelle für private Vorfinanzierungs- und PPP-Projekte im Bausektor, S. 118ff; Heiermann, Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in *Brügmann/Oppler/Wenner* (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (267ff); Hausmann/Mutschler-Siebert, § 6 Vergaberecht, in *Weber* u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch PPP, S. 235 (300ff); Vergabekammer Thüringen, Beschl. v. 20.03.2001, S. 12ff; OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 13.10.2006, Abs. 20ff; OLG Celle, Beschl. v. 8.11.2001 in NZBau 2002, S. 400 (400ff).

¹⁴ *Tomerius*, in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), Vergaberecht, § 5 VOB/A Rn. 15.

¹⁵ Vgl. *Kumlehn*, der dieses Modell als eine von zwei möglichen Formen der Parallelausschreibung darlegt, Ausschreibungs- und Vergabemodelle für private Vorfinanzierungs- und PPP-Projekte im Bausektor, S. 118.

trieb können, müssen aber nicht abgegeben werden und können, aber müssen auch nicht vergeben werden.¹⁶

Klarzustellen ist allerdings, dass den „Nebenangeboten i. S. d. VwV KommInvest“ eine andere Bedeutung als den „Nebenangeboten i. S. d. § 13 Abs. 3 EG VOB/A“ (§ 19 Abs. 3 lit. g EG VOL/A) zukommt. Nebenangebote i. S. v. § 13 Abs. 3 EG VOB/A dienen dazu, Ausführungsmöglichkeiten im Hinblick auf das ausgeschriebene Projekt zu ermitteln, an die der Auftraggeber nicht gedacht hatte, um hierdurch Sonderkenntnisse und -fähigkeiten der Bieter nutzbar machen zu können.¹⁷ Nach VOB/A und VOL/A zielen somit sowohl Haupt- als auch Nebenangebot(e) auf die Verwirklichung ein und desselben Gesamtprojekts. In der Regel enthält die Ausschreibung daher nur den Zusatz, dass Nebenangebote zugelassen sind und stellt diesbezüglich einzuhaltenden Mindestanforderungen auf. Nebenangebote im Sinne der Verdingungsordnungen bezeichnen hingegen nicht zusätzliche (detaillierte) Beschreibungen anderer Leistungen, die über die Inhalte des Hauptangebots hinausgehen.

Die Definition der VwV KommInvest weicht insofern von § 13 Abs. 3 EG VOB/A ab, als Nebenangebote in den Bereichen Finanzierung und Betrieb zugelassen werden und damit Bereiche betroffen sind, die gerade nicht von der Ausschreibung des Hauptangebots (nur Bauleistung) umfasst sind.

Eine solche Vorgehensweise ist in den Verdingungsordnungen zwar einerseits nicht explizit vorgesehen, andererseits aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Unzulässig wären Nebenangebote im Sinn der VwV KommInvest daher nur, wenn diese rechtswidrig wären, folglich insbesondere, wenn sie den Grundsätzen des Vergaberechts widersprächen. Widersprüche mit den Grundsätzen des Vergaberechts, etwa dem Gleichbehandlungs- oder dem Transparenzgebot sind allerdings nicht ersichtlich, sodass von der Zulässigkeit von Nebenangeboten im Sinne der VwV KommInvest auszugehen ist.

Abzugrenzen ist dieses Modell außerdem von demjenigen, das *Heiermann* als „Klassische Parallelausschreibung“ bezeichnet.¹⁸ Ihm zufolge impliziert die Fachlose/GU-Ausschreibung zwar die gleichzeitige Ausschreibung des gesamten Vorhabens als eine Durchführungsvariante einerseits sowie aufgeteilt in sogenannte „Fachlose“ als zweite, alternative Durchführungsvariante andererseits. *Heiermann* meint aber mit dem Gesamtvorhaben nicht lediglich

¹⁶ *Heiermann* beschreibt diese Form der Ausschreibung als „Partielle Ausschreibung“, vgl. *ders.*, Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in *Brügmann/Oppler/Wenner* (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (269f).

¹⁷ *Vavra* in *Ziekow/Völlink* (Hrsg.), Vergaberecht, § 13 VOB/A Rn. 18.

¹⁸ *Heiermann*, Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in *Brügmann/Oppler/Wenner* (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (265ff).

das Bauvorhaben, sondern Bau, Finanzierung und ggf. auch den Betrieb der Anlage als Gesamtprojekt zusammengefasst. Die Fachlose vollziehen daher die Aufspaltung in Bau, Finanzierung und Betrieb nach. Eine solche Auslegung der Fachlose/GU-Ausschreibung widerspricht aber bereits dem Wortlaut der VwV KommInvest, da sich diese mit der Ausschreibung des Hauptangebots lediglich auf das „Bauvorhaben“ bezieht. Dieses Hauptangebot umfasst somit gerade nicht die Finanzierung und den Betrieb der Anlage.¹⁹

b. Parallelausschreibung

Gemäß der VwV KommInvest werden bei einer Parallelausschreibung „gleichzeitig das Bauvorhaben und das private Investorenvorhaben ausgeschrieben“. Diese Umschreibung ist insofern nicht eindeutig, als dass sie zwei mögliche Vorgehensweisen zulässt. Erstens die Durchführung von zwei separaten Vergabeverfahren zur gleichen Zeit, wobei das eine auf das Bauvorhaben, das andere auf das private Investorenvorhaben (Bau und Finanzierung aus einer Hand) abzielt. Eine solche Vorgehensweise wird häufig auch als „doppelte Ausschreibung“ bezeichnet.²⁰ Die zweite hierunter subsumierbare Vorgehensweise besteht in der Durchführung nur eines Ausschreibungsverfahrens, welches aber die beiden o. g. Durchführungsvarianten umfasst und sich die Bieter wahlweise auf eine der beiden Varianten oder auf beide bewerben können.

Während die Beschreibung der Parallelausschreibung in der VwV KommInvest grundsätzlich diese beiden Verfahrensweisen ermöglicht, deutet der Wortlaut der Norm im Weiteren darauf hin, dass hier die erste Interpretationsalternative, die Durchführung von zwei selbständigen (aber verbundenen) Vergabeverfahren gemeint ist. Die anschließenden Ausführungen der VwV KommInvest „In jedem Fall sollten die Ausschreibungen in einem Text enthalten sein, [...]“ indizieren im Umkehrschluss, dass die Ausschreibungen nicht zwingend in einem Text zusammengefasst sein müssen. Vielmehr ist die Errichtung zweier getrennter Ausschreibungstexte möglich. Die zweite Auslegungsalternative – nur ein einziges Ausschreibungsverfahren inklusive des Angebots von zwei Durchführungsvarianten – erfordert aber zwingend die Zusammenfassung in einen Ausschreibungstext. Hierbei handelt es sich allerdings lediglich um eine terminologische Andeutung, die zwar für die erste Auslegungsalternative

¹⁹ Heiermann beschreibt die Fachlose/GU-Ausschreibung i. S. d. VwV KommInvest wiederum als „Partielle Ausschreibung“, vgl. ders., Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in Brügmann/Oppler/Wenner (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (269f).

²⁰ Vgl. OLG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 13.10.2006; Heiermann, Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in Brügmann/Oppler/Wenner (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (270).

spricht²¹, eine Beschränkung allein auf diese aber noch nicht rechtfertigt. Grundsätzlich kommen hier also beide Auslegungsalternativen in Betracht. Da die zweite Auslegungsalternative letztlich eine „reduzierte“ ABC-Ausschreibung darstellt, konzentrieren sich die weiteren juristischen Analysen der „Parallelausschreibung“ auf die erste Auslegungsalternative. Auf die zweite Alternative wird im Zuge der Ausführungen zur ABC-Ausschreibung eingegangen.

Bei der ersten Auslegungsalternative der Parallelausschreibung ist zudem zu beachten, dass des Weiteren das erste Ausschreibungsverfahren, welches nur auf die Vergabe des Bauvorhabens abzielt, in der Regel wiederum zwei Erstellungsalternativen anbietet: die fachlose Vergabe des Bauprojekts sowie die Vergabe des Bauprojekts im Ganzen an einen GU. Das zweite Ausschreibungsverfahren, welches zur Vergabe des Investorenmodells führen soll, beinhaltet in der Regel neben der Ausschreibung der Finanzierung nur das Bauprojekt als GU-Leistung.

c. ABC-Ausschreibung

Bei der ABC-Ausschreibung²² werden im Rahmen eines Vergabeverfahrens: A nur das Bauvorhaben, B nur die Finanzierung und C Bau und Finanzierung aus einer Hand (privates Investorenvorhaben) ausgeschrieben. Diese Form der Ausschreibung wird gemeinhin auch als „Thüringer Modell“ bezeichnet. Nicht vorgesehen ist hier die Einbeziehung des Betriebs der Anlage in die Ausschreibung.

Das Bauvorhaben wird in der Regel sowohl unter A als auch unter C nur als GU-Leistung ausgeschrieben. Nur vereinzelt wird die Ausschreibung noch stärker verzweigt und unter A nochmals eine Aufspaltung in eine Fachlose- und eine GU-Variante vorgenommen, sozusagen als A (1) und A (2).

Die ausschreibende Verwaltung behält sich das Recht vor, die günstigsten Angebote für Bau und Finanzierung miteinander zu verbinden. Die öffentliche Hand hat somit eine Auswahl an Verknüpfungsmöglichkeiten: Sie kann entweder allein das Bauvorhaben in Auftrag geben und mit einer konventionellen Finanzierung über den Haushalt verbinden oder aber an die beiden günstigsten Anbieter bezüglich der Bau- (A) und der Finanzleistungen (B) vergeben

²² Das Konzept der ABC-Ausschreibung wurde in der 1990er Jahren vom Thüringer Finanzministerium entwickelt. Als erstes Projekt konnte der Freistaat Thüringen Mitte der 1990er Jahre die Baumaßnahme „Regierungsviertel Am alten Steiger“ gemäß dieser Verfahrensweise abschließen. Vgl. *Thüringer Finanzministerium, Alternative Finanzierung staatlicher Hochbaumaßnahmen des Freistaats Thüringen – Entwicklung, Bilanz und Verfahrensweise nach dem Thüringer Modell*, S. 1 (1).

oder aber dem günstigsten Komplettangebot unter C den Zuschlag erteilen, wenn dieses wirtschaftlicher ist als die vorhergenannten Zuschlagskombinationen.

IV. Juristische Analyse der von der VwV KommlInvest vorgegebenen Ausschreibungsmodelle

Die von der VwV KommlInvest vorgeschlagenen Ausschreibungsmodelle sind nicht zuletzt unter Juristen umstritten und werden daher im Folgenden einer eingehenden Analyse unterworfen. Obwohl die Rechtsprechung schon mehrmals mit den o. g. Ausschreibungsmodellen konfrontiert worden ist, ist den abschließenden Entscheidungen keine eindeutige Bewertung als zu- oder unzulässig zu entnehmen. Auch die Kommentatoren in der Literatur sind sich uneinig, sodass die verschiedenen Kritikpunkte im Einzelnen auf ihre Berechtigung hin zu untersuchen sind.

1. Ein unzulässiger Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung?

Städte und Gemeinden sind nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sowie Art. 82 Abs. 2 S. 2, 84 Abs. 1 SächsVerf Träger kommunaler Selbstverwaltung. Als Träger kommunaler Selbstverwaltung sind sie befugt, *„alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“*. Nach dem Bundesverfassungsgericht besteht somit eine Allzuständigkeit der Kommunen für *„diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegürgern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“*. Die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung soll diesen Kompetenzbereich der Kommunen gegen staatliche Eingriffe, folglich insbesondere gegen Maßnahmen der Bundes- und Landesbehörden, schützen.²³

Das Recht zur Wahrnehmung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft erlaubt es den Kommunen grundsätzlich auch, diese Angelegenheiten in Kooperation mit Privaten zu erledigen.²⁴

Die kommunale Selbstverwaltung gilt aber nicht unbegrenzt, sondern unterliegt dem Gesetzesvorbehalt der Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 82 Abs. 2 S. 2 SächsVerf. Dieser Gesetzesvorbehalt wird u. a. durch die §§ 72 Abs. 2 und 82 Abs. 5 SächsGemO ausgefüllt, welche kre-

²³ Tettinger/Schwarz, in Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 158; Dreier, in Dreier (Hrsg.), GG, Art. 28 Rn. 103f; Quecke/Schaffarzik, in Quecke/Schmid (Hrsg.), SächsGemO, § 2 Rn. 109.

²⁴ Schäfer/Karthaus, § 5 Kommunalrecht, in Weber u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch PPP, S. 193 (195).

ditähnliche Rechtsgeschäfte unter den Vorbehalt einer Einzelgenehmigung durch die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde stellen. Voraussetzung für eine solche Einzelgenehmigung ist u.a. die Wirtschaftlichkeit des geplanten kommunalen Projekts. Nicht im Gesetz geregelt sind die Anforderungen an eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Allerdings wird für die Durchführung eines kommunalen Projekts als ÖPP einhellig ein Wirtschaftlichkeitsvergleich verlangt.²⁵ Der Wirtschaftlichkeitsvergleich muss nachweisen, dass die ÖPP-Realisierung zumindest genauso wirtschaftlich wie eine konventionelle Realisierung (durch gewerkeweise oder GU-Vergabe; Planung und Betrieb verbleiben grundsätzlich bei der öffentlichen Hand) des geplanten Projekts ausfällt.

Der entscheidende Punkt liegt in der Frage, welche Anforderungen die Rechtsaufsichtsbehörden an die Nachweise der Kommunen stellen dürfen. Also, ob die Kommunen für die Wirtschaftlichkeitsberechnung der ÖPP- sowie der konventionellen Realisierung auf Schätzwerte zurückgreifen dürfen oder ob die maßgeblichen Werte nur durch die Ausschreibung beider Realisierungsalternativen gewonnen werden können. Die VwV KommInvest beantwortet diese Frage mit der Forderung nach einer Ausschreibung beider Realisierungsvarianten. Möglicherweise stellt diese Forderung allerdings einen unzulässigen Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen dar.

Bei der „Wirtschaftlichkeit“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind Begriffe, deren Inhalte nicht eindeutig sind, sondern erst durch Auslegung bestimmt werden können.²⁶ Allerdings können unbestimmte Rechtsbegriffe durch Gerichte oder Aufsichtsbehörden grundsätzlich vollständig nachgeprüft werden.²⁷ Ein Beurteilungsspielraum der Stelle, die das maßgebliche Gesetz und damit auch den unbestimmten Rechtsbegriff im Einzelfall anzuwenden hat (hier die Kommune), wird nur in – hier nicht einschlägigen – Ausnahmefällen gewährt.²⁸ Folglich dürfen die Rechtsaufsichtsbehörden den Begriff der Wirtschaftlichkeit eigenständig auslegen und maßgebliche Parameter aufstellen. Aus dem Wesen der Aufsicht ergibt sich zudem, dass die Aufsichtsbehörden das Recht haben, von den Kommunen geeignete Nachweise für die Wirtschaftlichkeit des geplanten ÖPP-Projekts zu fordern. Soweit die Ausschreibung der verschiedenen Realisierungsvarianten für

²⁵ Viethen, Der Wirtschaftlichkeitsvergleich als entscheidungssteuernde Komponente bei PPP-Projekten, S. 10; Jacob/Winter/Stuhr, PPP bei Schulbauten, S. 3; Land NRW u.a., Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“, September 2006, S. 11; Schäfer/Karthaus, § 5 Kommunalrecht, in Weber u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch PPP, S. 193 (197).

²⁶ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 27ff.

²⁷ So jedenfalls die Ansicht der Rechtsprechung, vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 35.

²⁸ Menke/Arens, Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, § 72 Rn. 6. und § 111 Rn. 6.

die Feststellung der Wirtschaftlichkeit geeignet ist, darf diese daher von den Rechtsaufsichtsbehörden gefordert werden.

Zu fragen ist allerdings, ob die Ausschreibungsmodelle der VwV KommInvest geeignete Nachweise der Wirtschaftlichkeit eines konkret geplanten ÖPP-Projekts darstellen. An einer Geeignetheit fehlt es zumindest dann, wenn die geforderten Ausschreibungsmodelle rechtswidrig oder ökonomisch nicht zweckmäßig sind. Diese Fragen sind Gegenstand der nachstehenden vergaberechtlichen und der anschließenden ökonomischen Analyse der von der VwV KommInvest vorgeschlagenen Ausschreibungstypen.

2. Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze?

Der Topos des Vergaberechts bezeichnet eine Rechtsmaterie, die einerseits sehr stark von europarechtlichen Vorgaben geprägt ist und andererseits bereits auf nationaler Ebene eine Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen umfasst. Die erste grundlegende Untergliederung des Vergaberechts richtet sich nach den sogenannten „Schwellenwerten“²⁹. Diese Schwellenwerte werden durch die Europäische Kommission aufgestellt und kontinuierlich angepasst.³⁰ Sie bestimmen die Höhe des Wertes eines öffentlichen Auftrags, ab der das europarechtliche Vergaberecht Anwendung findet.³¹ Dementsprechend ist das nationale Vergaberecht zweigeteilt, einerseits in den Bereich oberhalb und andererseits in den Bereich unterhalb der Schwellenwerte. Während unterhalb der Schwellenwerte das nationale Haushaltsrecht grundsätzlich unabhängig vom Europarecht gilt, geht das nationale Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte zu einem erheblichen Teil auf europarechtliche Vorgaben zurück.

Oberhalb der Schwellenwerte ist das Vergaberecht in einer Art „Kaskadenprinzip“³² angeordnet. Ausgangspunkt ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), welches für alle Arten von Vergaben gilt. Das GWB verweist zur näheren Regelung auf die Vergabeverordnung (VgV), die für alle Arten von Vergaben bis auf den Sektorenbereich, für den se-

²⁹ Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des Europarechts ist das „grenzüberschreitende Interesse“ an einem öffentlichen Auftrag. Die Schwellenwerte fungieren insofern als Regelbeispiele, die indizieren, ab welchem Auftragswert von einem grenzüberschreitenden Interesse auszugehen ist. Darüber hinaus kann aber beispielsweise bei Grenznähe des zu vergebenden Auftrags auch unterhalb der Schwellenwerte ein grenzüberschreitendes Interesse anzunehmen sein. Vgl. BGH vom 30.08.2011, Az. X ZR 55/10 Rn. 12 (zit. nach juris), in ZfBR 2012, S. 25 (26).

³⁰ Die letzte Anpassung erfolgte durch die EU-Verordnung Nr. 1251/2011 der Europäischen Kommission vom 30.11.2011, welche zum 01.01.2012 in Kraft getreten ist.

³¹ Diese sind durch die EU-Verordnung Nr. 1251/2011 folgendermaßen erhöht worden: Für Bauaufträge nach der VOB/A und der SektVO von 4.845 Mio Euro auf 5 Mio Euro und für Dienstleistungen bzw. Lieferungen nach der VOL/A von 193.000 Euro auf 200.000 Euro.

³² Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 6.

parat die Sektorenverordnung anzuwenden ist, Geltung beansprucht. Die VgV enthält nun wiederum Verweise auf die verschiedenen Verdingungsordnungen, die sich nach der Art der Vergabe unterscheiden. Die VOB/A gilt nur für Bauleistungen, die VOF für freiberufliche Leistungen und der VOL/A kommt eine Auffangfunktion zu: sie gilt für alle sonstigen Leistungen.³³

Aufgrund von Verweisen des Haushaltsrechts auf die jeweiligen Verdingungsordnungen gleichen sich letztlich die Regelungen unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte in ihren Grundzügen. ÖPP-Projekte sind in der Regel oberhalb der Schwellenwerte anzusiedeln, sodass sich die folgende Darstellung auf die entsprechenden Normen konzentriert.

Aus der vergaberechtlichen Perspektive werfen die hier im Fokus stehenden drei Ausschreibungsmodelle der VwV KommInvest in mehrerlei Hinsicht Probleme auf.

a) *Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot*

Zwei grundlegende Prinzipien prägen das gesamte Vergaberecht: das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot. Diese Prinzipien sind daher auch schon in das GWB integriert worden, welches in **§ 97 Abs. 1 GWB** bestimmt:

*„Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften **im Wettbewerb** und im Wege **transparenter** Vergabeverfahren“* und in **§ 97 Abs. 2 GWB** besagt: *„Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind **gleich zu behandeln**, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.“*

Das primäre Ziel sowohl des Transparenz- als auch des Gleichbehandlungsgebotes ist die Sicherung eines gerechten Wettbewerbs der Bieter um den Zuschlag des ausgeschriebenen öffentlichen Auftrags.³⁴ Zu untersuchen ist daher, inwiefern die von der VwV KommInvest vorgegebenen Ausschreibungsmodelle eine Einhaltung dieser beiden Gebote gewährleisten oder aber gefährden.

i. Fachlose-/GU-Ausschreibung

Die Fachlose-/GU-Ausschreibung integriert zwei Realisierungsvarianten in ein Ausschreibungsverfahren, und zwar die Vergabe des Bauprojekts aufgeteilt in Fachlose nach Fachgewerken sowie die Vergabe des gesamten Bauprojekts „am Stück“ an einen GU. Zwei Tatsa-

³³ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 54.

³⁴ Summa, in Heiermann/Zeiss/Blaufuß (Hrsg.), Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 62; Ziekow, in Ziekow/Völlink Hrsg.), Vergaberecht, § 97 Rn.10; Fehling, in Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 47.

chen sprechen hier dafür, dass dieses Ausschreibungsmodell jedenfalls nicht *per se* Transparenz- oder Gleichbehandlungsmängel mit sich bringt. Zum einen werden beide Durchführungsalternativen innerhalb eines Vergabeverfahrens angeboten, sodass die von der ausschreibenden Stelle vorzugebenen Umstände wie z. B. Wertungskriterien, Fristen oder Eröffnungstermine für beide in gleicher Weise gelten. Zum anderen gilt für beide Realisierungsvarianten die VOB/A, sodass keine Inkohärenzen resultierend aus der Anwendung verschiedener Verdingungsordnungen zu befürchten sind.

Zudem ist zwar die Fachlose-/GU-Ausschreibung – genauso wie die zwei anderen Ausschreibungsmodelle – nicht explizit im Vergaberecht vorgesehen, allerdings enthält das GWB die Maßgabe, den Mittelstand durch die Vergabe des Gesamtprojekts aufgeteilt in Fach- und/oder Teillose zu fördern (vgl. § 97 Abs. 3 GWB). Nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB kann auf eine solche Aufteilung in Lose in der Regel nur dann verzichtet werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Einen entsprechenden Nachweis für das Vorliegen von wirtschaftlichen Gründen für die ausnahmsweise Gesamtvergabe an einen GU kann aber gerade eine Fachlose-/GU-Ausschreibung liefern.

Zu beachten ist dennoch, dass die Maßgabe der Mittelstandsförderung keine Bevorzugung der Fachlose-Bieter gegenüber den GU-Bietern im Laufe des Vergabeverfahrens rechtfertigt, denn der Sinn und Zweck der Maßgabe erschöpft sich darin, dem Mittelstand gleiche Wettbewerbschancen zu eröffnen, mittelständische Unternehmen sollen dagegen nicht darüber hinaus bevorteilt werden.³⁵

ii. *Parallelausschreibung*

Problematisch bei der ersten Auslegungsalternative der Parallelausschreibung i. S. d. VwV KommlInvest ist, dass in diesem Fall **zwei** separate Ausschreibungsverfahren im Hinblick auf nur **einen** Leistungsgegenstand durchgeführt werden.

Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot gelten grundsätzlich nur im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens, nicht zwischen verschiedenen Vergabeverfahren.³⁶ Auf den ersten Blick erscheint eine Verletzung dieser Grundsätze durch die Parallelausschreibung daher ausgeschlossen. Allerdings bestehen Sinn und Zweck von Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot darin, im Hinblick auf einen zu vergebenden Leistungsgegenstand einen gerechten Wettbewerb zu gewährleisten, d. h. sicherzustellen, dass alle potenziellen Bieter die Kriterien der Vergabe kennen (können)³⁷ und damit die gleiche Chance auf den Zuschlag ha-

³⁵ So auch *Fehling*, in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 97 GWB Rn. 89.

³⁶ *Fehling*, in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 97 GWB Rn. 76.

³⁷ *Summa*, in *Heiermann/Zeiss/Blaufuß* (Hrsg.), *Vergaberecht*, § 97 GWB Rn. 62.

ben.³⁸ Folglich müssten im Fall einer Parallelausschreibung Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot auf beide Ausschreibungsverfahren erstreckt werden. Bereits die Tatsache, dass sich dies nicht explizit aus dem GWB ergibt – insofern konsequent als dieses Gesetz von nur einem Ausschreibungsverfahren „pro“ Leistungsgegenstand ausgeht – erhöht das Risiko seitens der öffentlichen Hand, die Erstreckung von Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot auf beide Verfahren nicht (ausreichend) zu berücksichtigen.

Darüber hinaus steigen die Risiken für die Einhaltung des Diskriminierungs- und des Transparenzgebots ganz erheblich für den Fall, dass die beiden Verfahren nicht als öffentliche Ausschreibung oder sogar in unterschiedlichen Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden sollten. Nicht nur, dass hier ein Gleichlauf der Fristen kaum noch zu bewerkstelligen ist, auch die vom öffentlichen Auftraggeber zu leistende Garantie, allen Bietern die gleichen Informationen zukommen zu lassen sowie ihnen die gleichen Partizipationsmöglichkeiten zu bieten, erfordert einen immensen Koordinierungsaufwand. Informationslücken und damit Transparenz- und Gleichbehandlungsmängel sind im Rahmen einer Parallelausschreibung i. S. d. VwV KommInvest daher kaum vermeidbar.

iii. ABC-Ausschreibung

Im Vergleich zur Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative besteht der Vorteil der ABC-Ausschreibung (sowie der Parallelausschreibung in der zweiten Auslegungsalternative) in der Tatsache, dass die verschiedenen Realisierungsvarianten des anvisierten Projekts in einer Ausschreibung zusammengefasst werden. Daher fallen Gefahren für die Einhaltung von Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot insoweit weg, als sie aus der Verfolgung von zwei separaten Ausschreibungsverfahren resultieren.

Im Gegensatz zur Fachlose-/GU-Ausschreibung werden bei der ABC-Ausschreibung drei und bei der Parallelausschreibung in der zweiten Auslegungsalternative zwei Varianten ausgeschrieben, die unterschiedlichen Rechtstexten unterliegen können. Während das unter (A) ausgeschriebene Bauvorhaben durch die Bestimmungen der VOB/A beherrscht wird, sind die unter (B) ausgeschriebenen Finanzdienstleistungen der VOL/A zuzuordnen. Bei der Kombination von Bau und Finanzierung im Rahmen der dritten Realisierungsvariante unter (C) – bzw. bei der Parallelausschreibung in der zweiten Auslegungsvariante unter (B) – müssen zunächst einmal die Anwendungsbereiche von VOB/A und VOL/A voneinander abgegrenzt werden.

³⁸ Ziekow, in Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, § 97 Rn. 12.

Nach § 99 Abs. 6 und 7 GWB ist bei der Vergabe gemischter Tätigkeiten der Hauptgegenstand zu identifizieren, welcher wiederum maßgeblich für die anzuwendende Verdingungsordnung ist. Insbesondere liegt dann ein Bauauftrag i. S. v. § 1 EG VOB/A vor, wenn der entsprechende Vertrag auf die Errichtung oder Sanierung eines Bauwerks ausgerichtet ist, aber darüber hinaus Dienstleistungselemente wie die Beschaffung von Finanzmitteln umfasst.³⁹ Folglich wäre bei der ABC-Ausschreibung für die Varianten (A) und (C) die VOB/A, für die Variante (B) hingegen die VOL/A einschlägig. Bei der Parallelausschreibung in der zweiten Auslegungsalternative ist sowohl für die Realisierungsvariante A (nur Bau) als auch für die Realisierungsvariante B (Bau und Finanzierung) die VOB/A anzuwenden, so dass dieses Modell in Bezug auf die anzuwendenden Rechtstexte keine Bedenken aufwirft.

Im Hinblick auf die ABC-Ausschreibung ist zu beachten, dass sich zwar ein Großteil der Bestimmungen der beiden Verdingungsordnungen deckt, die dennoch bestehenden Unterschiede aber zu Transparenzlücken führen können. Eine solche Diskrepanz zwischen den Verdingungsordnungen könnte in der unterschiedlichen Behandlung der Angebotseröffnung zu sehen sein. Während nach § 14 Abs. 1 EG VOB/A die Bieter bei der Eröffnung der Angebote zugegen sein dürfen, sind nach § 17 Abs. 2 EG VOL/A keine Bieter zu der Eröffnung zugelassen. Folglich könnten Bieter, welche sich lediglich auf das Finanzierungsangebot bewerben, benachteiligt sein, da sie im Gegensatz zu Bietern, die sich für beide Realisierungsvarianten bewerben, keine Kenntnis über die konkurrierenden Vorschläge, insbesondere der C-Variante, haben. Dieser Transparenznachteil würde zwangsläufig auch einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz mit sich bringen. Aufgrund des Nachverhandlungsverbotes (§ 15 Abs. 3 EG VOB/A), welches Nachverhandlungen nach Eröffnung der Angebote für unstatthaft erklärt, kann eine Benachteiligung der einen Bietergruppe aber dann vermieden werden, wenn die Angebotsfristen nach VOB/A sowie VOL/A angeglichen und dasselbe Datum als Eröffnungstermin festgesetzt wird. Dies ist angesichts der offen formulierten Fristbestimmungen in §§ 10 EG VOB/A und 12 EG VOL/A jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen.

Somit steigt mit der Verwendung des ABC-Modells und der damit einhergehenden Kombination der Verdingungsordnungen zwar die Wahrscheinlichkeit für Verstöße gegen das Transparenz- sowie das Gleichbehandlungsgebot, tatsächliche Verstöße können aber durch eine sorgfältige Planung und Abstimmung der Realisierungsvarianten aufeinander vermieden werden.

³⁹ Ziekow, in Ziekow/Völlink (Hrsg.), § 99 GWB Rn. 225.

b. Beschränkung der zulässigen Gründe für eine Aufhebung eines Vergabeverfahrens

Nach **§§ 17 Abs. 1 EG VOB/A** und **20 Abs. 1 EG VOL/A** können Vergabeverfahren nur bei Vorliegen von bestimmten, abschließend aufgezählten Gründen aufgehoben werden. Eine Verletzung dieser Bestimmungen kommt nur bei einem der drei in der VwV KommInvest genannten Modelle in Betracht: der Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative.

Bei der Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative der VwV KommInvest handelt es sich um zwei getrennte Vergabeverfahren für nur einen Leistungsgegenstand – eines der beiden Verfahren endet daher zwangsläufig ohne einen entsprechenden Zuschlag. Dieses Vorgehen widerspricht dem Grundgedanken der §§ 17 EG VOB/A und 20 EG VOL/A, welche eine Aufhebung des Vergabeverfahrens nur im Ausnahmefall erlauben. Diese Vorschriften sind bieterschützend, sie sollen das Risiko der Bieter, die zur Erstellung eines Angebots nicht unwesentliche Aufwendungen erbringen, insofern begrenzen, als im Grundsatz der beste Bieter auch mit einem Zuschlag rechnen darf und eine Aufhebung nur aufgrund weniger, abschließend aufgezählter Gründe zulässig ist. Zwar lassen die §§ 17 EG VOB/A und 20 EG VOL/A eine Aufhebung bei schwerwiegenden Gründen zu (§ 20 Abs. 1 lit. c EG VOL/A darüber hinaus sogar, wenn die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat), allerdings sind diese Bestimmungen aufgrund ihres Ausnahmecharakters eng auszulegen. Insbesondere darf eine alternative wirtschaftlichere Leistungserbringung für den öffentlichen Auftraggeber nicht schon von vornherein erkennbar gewesen sein.⁴⁰ Eine Lancierung von zwei Ausschreibungsverfahren indiziert aber, dass der öffentliche Auftraggeber von Beginn an mit einer wirtschaftlicheren Realisierungsvariante rechnet und die Aufhebung eines der beiden Verfahren vom Ausnahme- zum Normalfall erhebt. Eine solche Vorgehensweise verstößt daher gegen die §§ 17 Abs. 1 EG VOB/A und 20 Abs. 1 EG VOL/A.

c. unzulässige Markterkundung

Nach **§ 2 Abs. 4 EG VOB/A** und **§ 2 Abs. 3 EG VOL/A** ist die Durchführung von Vergabeverfahren (lediglich) zum Zwecke der Markterkundung unzulässig.

Hintergrund dieser Regelung ist der Grundgedanke, dass ein Vergabeverfahren allein der schlussendlichen Vergabe des Leistungsgegenstandes an einen bzw. mehrere Bieter dienen soll. Eine Verfolgung von Zwecken, die nicht auf die Vergabe des Leistungsgegenstands gerichtet sind, ist unzulässig. Auch durch diese Vorschrift sollen die Bieter, die zur Erstellung

⁴⁰ So auch Vergabekammer Thüringen, Beschl. v. 20.03.2001, S. 14.

eines Angebots erhebliche Aufwendungen machen, insoweit geschützt werden, als sie dann, wenn sie das wirtschaftlichste Angebot abgeben, mit dem Zuschlag rechnen können.⁴¹

Eine strenge Auslegung der §§ 2 Abs. 4 EG VOB/A und 2 Abs. 3 EG VOL/A würde zur Unzulässigkeit der in der VwV KommInvest genannten Ausschreibungsmodelle führen, da alle drei Modelle alternative Realisierungsvarianten ausschreiben, um die wirtschaftlichste Durchführungsvariante zu ermitteln – folglich insofern den Markt zu erkunden – und letztendlich nur an den wirtschaftlichsten Bieter dieser einen Realisierungsvariante der Zuschlag erteilt wird.

Insbesondere der Wortlaut des § 2 Abs. 3 EG VOL/A „*Vergabeverfahren **lediglich** zur Markterkundung*“ deutet allerdings auf eine weniger strenge Auslegung hin, und zwar insofern als Markterkundungsbestrebungen nur dann unzulässig sind, wenn sie im Vordergrund des Vergabeverfahrens stehen. Eine Markterkundungsabsicht auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers ist somit nicht generell unzulässig, vielmehr darf diese unter anderen Interessen im Rahmen eines Vergabeverfahrens eine Rolle spielen – nur eben nicht allein maßgeblich sein. Bei der Feststellung einer unzulässigen Markterkundung handelt es sich daher um eine Abwägungsentscheidung zwischen berechtigten Interessen der Auftraggeber und berechtigten Interessen der Auftragnehmer.⁴²

Die Kommunen als Auftraggeber sind einerseits sowohl haushaltsrechtlich als auch vergaberechtlich zur Ermittlung der wirtschaftlichsten Realisierungsvariante verpflichtet⁴³, andererseits fehlen der öffentlichen Hand oftmals die Mittel und Kompetenzen selbständig die wirtschaftlichste Durchführungsalternative zu identifizieren⁴⁴. Daher sind die öffentlichen Auftraggeber – jedenfalls bei komplexen Projekten – auf die Ausschreibung verschiedener Realisierungsvarianten angewiesen. Andererseits sollen den Bietern keine unverhältnismäßig hohen Angebotskosten aufgebürdet werden, die im Fall der Zuschlagsverfehlung in der Regel nicht vergütet werden.⁴⁵ Hohe Angebotskosten sind insbesondere bei ÖPP-Projekten zu erwarten, die sich am Lebenszyklus der Infrastruktureinrichtung orientieren und die Betriebsphase beinhalten.

⁴¹ Heiermann, Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in Brügmann/Oppler/Wenner (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (271).

⁴² So auch Heiermann, Die Parallelausschreibung im Vergaberecht, in Brügmann/Oppler/Wenner (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, S. 265 (271).

⁴³ Vgl. § 72 Abs. 2 SächsGemO und § 97 Abs. 5 GWB.

⁴⁴ Hausmann/Mutschler-Siebert, § 6 Vergaberecht, in Weber u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch PPP, S. 235 (301).

⁴⁵ Hausmann/Mutschler-Siebert, § 6 Vergaberecht, in Weber u.a. (Hrsg.), Praxishandbuch PPP, S. 235 (301).

In der Abwägung ist zu berücksichtigen, dass nach der Systematik der Verdingungsordnungen die Markterkundung, bezogen darauf **wie** ein Projekt durchgeführt werden soll, grundsätzlich **vor** der Ausschreibung zu erfolgen hat. § 7 Abs. 1 EG VOB/A und § 8 Abs. 1 EG VOL/A verpflichten die öffentlichen Auftraggeber, eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu erstellen. Nur ausnahmsweise kann auf eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm/funktionale Leistungsbeschreibung zurückgegriffen werden (§§ 7 Abs. 13-15 EG VOB/A, 8 Abs. 2 EG VOL/A). Voraussetzung ist, dass eine umfassende Abwägung zu dem Ergebnis führt, dass zur Ermittlung der wirtschaftlich (technisch, gestalterisch und funktionell) besten Art und Weise, das Projekt zu realisieren, auch (partiell) die Planung des Projekts ausgeschrieben und damit extern vergeben werden muss.⁴⁶ Dies ist der Fall, wenn auf Bieterseite ein überlegenes operativ-konzeptionelles Wissen gegeben ist.⁴⁷ Wenn der öffentliche Auftraggeber Planung sowie Markterkundung (partiell) in die Ausschreibungsphase verlagern will, muss er daher zumindest die Überlegenheit der Bieterseite darlegen können.

Den Verdingungsordnungen ist somit die **Grundaussage** zu entnehmen, dass die öffentliche Hand sich zunächst darüber klar werden muss, welches spezifische Projekt sie realisieren und auf welche Art und Weise sie dieses realisieren will. Bei der „Art und Weise der Realisierung eines Projekts“ können zwei Planungs- bzw. Entscheidungsschichten unterschieden werden. Die Entwicklung eines kommunalen Projekts umfasst in der Regel vier Bereiche: Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb. In einer ersten Phase muss die Kommune entscheiden, welche der vier Bereiche sie selbst übernimmt und welche sie extern ausschreibt. In einer zweiten Phase hat die öffentliche Hand für die ausgeschriebenen Bereiche eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibungen zu erstellen, d. h. bis ins Detail zu beschreiben, welche Anforderungen beispielsweise an den Bau gestellt werden. Die o. g. Ausnahme zur eindeutigen und umfassenden Leistungsbeschreibung, die funktionale Ausschreibung, betrifft nur diese zweite Phase. Dagegen enthalten die Verdingungsordnungen keine expliziten Regeln für die Zulässigkeit der verschiedenen Typen von Parallelausschreibungen. Hier handelt es sich somit um eine Regelungslücke. Genauso wie bei der funktionalen Leistungsbeschreibung erledigt die öffentliche Hand ihre Planungs- und Entscheidungsaufgaben nicht vorab, sondern verschiebt sie in das Ausschreibungsverfahren und überträgt sie somit (partiell) auf die Bieter. Eine solche Verfahrensweise ist daher analog zu §§ 7 Abs. 13-15 EG VOB/A, 8 Abs. 2 EG VOL/A nur im Ausnahmefall zulässig, und zwar, wenn die öffentliche

⁴⁶ Bernhardt, § 7 VOB/A, in Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, Rn. 57.

⁴⁷ Bernhardt, § 7 VOL/A, in Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, Rn. 6.

Hand darlegt, dass sie für die Entscheidung über das „Wie“ der Verknüpfung der vier Bereiche auf eine Ausschreibung angewiesen ist.

Ein solcher Nachweis ist somit Zulässigkeitsvoraussetzung für alle drei Ausschreibungsmodelle der VwV KommlInvest – dessen Erbringung aber auch bei allen drei Modellen grundsätzlich denkbar ist.

Über diese Grundvoraussetzung hinaus, tendiert die Abwägung im Rahmen der unzulässigen Markterkundung dann zu Lasten des Auftraggebers, wenn weitere Aspekte die Angebotserstellung durch die Bieter erschweren. Dies ist insbesondere der Fall, wenn aus der Bieterperspektive nicht erkennbar ist, welche Bedingungen für die konkurrierenden Realisierungsvarianten gelten. Daher würde eine unzureichende Umsetzung der Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsätze aus § 97 GWB zu einer unzulässigen Benachteiligung der Bieter und damit zur Bewertung als unzulässige Markterkundung führen.

Im Hinblick auf die drei von der VwV KommlInvest vorgeschlagenen Ausschreibungsmodelle ist daher festzustellen:

i. Fachlose-/GU-Ausschreibung

Hier liegt keine unzulässige Markterkundung vor, da die Planung in der Regel wegen der Fachlose-Ausschreibung weitestgehend beim öffentlichen Auftraggeber verbleibt und folglich nicht den Bietern aufgebürdet wird. Auch zusätzliche Transparenzmängel sind nicht ersichtlich. Im Hauptangebot werden ausschließlich Bauleistungen abgefragt, sodass allein die VOB/A anzuwenden ist und es nicht zu Konfusionen aufgrund (potenziell) divergierender Vorschriften kommt. Die dem Hauptangebot zugrunde liegende Leistungsbeschreibung kann außerdem von allen Bietern in gleicher Weise eingesehen werden.

Zwar kann nur entweder die Realisierung in Fachlosen oder die GU-Variante den Zuschlag erhalten, sodass den Bietern ein zusätzliches Risiko, den Zuschlag nicht zu erhalten zugemutet wird. Diese Risikoverlagerung ist aber durch die Interessen der öffentlichen Hand, insbesondere deren Anspruch wirtschaftlich zu vergeben sowie den Mittelstand zu fördern (§ 97 Abs. 3 GWO), gerechtfertigt. Zumal das Vergabeverfahren in der Gesamtbetrachtung mit einem Zuschlag, folglich mit der tatsächlichen Vergabe des Leistungsgegenstands endet.

ii. Parallelausschreibung

Während die Parallelausschreibung in der zweiten Ausschreibungsalternative der VwV KommlInvest unproblematisch erscheint, sprechen verschiedene Gründe für eine Bewertung der ersten Auslegungsalternative der Parallelausschreibung als unzulässige Markterkundung.

Bereits der oben festgestellte Verstoß einer Parallelausschreibung i. S. d. VwV KommInvest gegen **§§ 17 EG VOB/A und 20 EG VOL/A** spricht hier für die Unzulässigkeit. Die Limitierung derjenigen Gründe, die eine Aufhebung eines Vergabeverfahrens rechtfertigen, dient dem Schutz der Bieter. Eine Verletzung dieser Vorschriften bedeutet demnach, dass den Bietern ein nicht mehr zumutbares Zuschlagsverfehlungsrisiko aufgebürdet wird.

Dieser formalen Argumentation kann zwar entgegen gehalten werden, dass das Risiko für den Bieter nicht niedriger ist, wenn verschiedene Realisierungsvarianten in ein Ausschreibungsverfahren integriert werden, aber letztlich auch nur eine Realisierungsvariante den Zuschlag erhält. Allerdings erschwert die Durchführung von zwei Ausschreibungsverfahren dem öffentlichen Auftraggeber die Einhaltung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebotes. Die generierte Kumulation von Risiken geht aber zu Lasten der Bieter und ist ihnen nicht zumutbar.

iii. ABC-Ausschreibung

Auch die ABC-Ausschreibung impliziert Gefahren für die Einhaltung von Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot. Im Gegensatz zur Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative erleichtert aber die Integration der Realisierungsvarianten in ein einziges Ausschreibungsverfahren die Reduktion bzw. den Ausschluss dieser Risiken. Bei entsprechender Sorgfalt auf der Seite der öffentlichen Auftraggeber wird den Bietern somit kein unzumutbarer Aufwand aufgebürdet und kann folglich eine unzulässige Markterkundung abgelehnt werden.

iv. Zusammenfassung: unzulässige Markterkundung

Somit sind die drei von der VwV KommInvest vorgeschlagenen Ausschreibungsmodelle zwar nicht generell als unzulässige Markterkundung i.S.v. § 2 Abs. 4 EG VOB/A und § 2 Abs. 3 EG VOL/A anzusehen, allerdings gehen mit ihnen – in unterschiedlichem Ausmaß – Risiken für die Einhaltung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes einher. Gewisse Faktoren, wie die Durchführung von zwei selbständigen Vergabeverfahren oder die Anwendung von verschiedenen Verdingungsordnungen, erhöhen diese Risiken zulasten der Bieter. Letztlich können die Risiken in einer Art Stufenverhältnis abgebildet werden, die Fachlose/GU-Ausschreibung sowie die Parallelausschreibung in der zweiten Auslegungsalternative implizieren die geringsten Risiken, die ABC-Ausschreibung schon eine erhöhte Wahrscheinlichkeit und die Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative die größte Wahrscheinlichkeit für eine Benachteiligung bestimmter Bieter(-gruppen). Dementsprechend fällt auch die Abwägung im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer unzulässigen Markterkundung tendenziell zugunsten der Rechtmäßigkeit der Fachlose/GU-Ausschreibung sowie der

Parallelausschreibung in der zweiten Auslegungsalternative und zulasten der Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative aus.

Schlussendlich kommt es aber immer auf die konkrete Ausgestaltung einer Ausschreibung im Einzelfall an. Eine äußerst sorgfältige Ausschreibung vermag selbst im Fall einer Parallelausschreibung deren Bewertung als unzulässige Markterkundung abwenden, allerdings steigen die Anforderungen an den vergebenden öffentlichen Auftraggeber erheblich. Insbesondere Kommunen mit nur begrenzten personellen und fachlichen Kapazitäten droht hierdurch eine Überstrapazierung. Die mit diesen Ausschreibungsmodellen einhergehende Rechtsunsicherheit provoziert zudem ein hohes Anfechtungsrisiko zulasten der Kommunen. Es ist daher zweifelhaft, ob das Ziel, die wirtschaftlichste Realisierungsvariante ausfindig zu machen, die Vorgaben der VwV KommlInvest für die Ausschreibung von ÖPP-Projekten tatsächlich rechtfertigt oder deren Durchführung mangels entsprechender fachlicher und personeller Ressourcen bei den Kommunen schlichtweg verhindert.

V. Ökonomische Analyse der von der VwV KommlInvest vorgegebenen Ausschreibungsmodelle in Bezug auf ÖPP

Unabhängig von der rechtlichen Bewertung der Ausschreibungsvarianten der VwV KommlInvest ist zu prüfen, welche ökonomischen Implikationen sich bei der Anwendung der Vorschriften ergeben. Diesbezüglich kommt es darauf an, ob die vorhandenen Verfahren unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten geeignet sind, die vorhandenen Beschaffungsalternativen kosteneffizient und effektiv zu vergleichen. Vor diesem Hintergrund müssen die Vor- und Nachteile der jeweiligen Beschaffungsvariante kritisch geprüft werden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es sich bei ÖPP um eine lebenszyklusorientierte Beschaffungsvariante handelt.⁴⁸ Bei dieser kann die Finanzierung zwar einen wichtigen Aspekt darstellen, ist aber nur ein Bestandteil der Gesamtbewertung und -abwägung der Wirtschaftlichkeit, die ebenso Planungs-, Bau- und Betriebsleistungen sowie Risiko- und Transaktionskosten berücksichtigt.

1. Fachlose-/GU-Ausschreibung

Die Fachlose-/GU-Ausschreibung soll den Vergleich von zwei unterschiedlichen Beschaffungsvarianten ermöglichen. Diesbezüglich sind auf Grundlage des Wortlauts der VwV

⁴⁸ Siehe dazu ausführlich die Ausführungen im Abschnitt V.3 dieses Kapitels.

KomInvest, der keine eindeutige Definition dieser Ausschreibungsvariante vorgibt, Interpretationsspielräume vorhanden.

Grundsätzlich können bei einer GU-Vergabe drei verschiedene Unternehmereinsatzformen unterschieden werden. Führt der GU die Bauleistung auf Basis der von der öffentlichen Hand erstellten Ausführungsplanung durch, wird von **GU-Ausführung (GU-A)** gesprochen. Der GU übernimmt hier keine Planungsleistungen. Ist der GU neben der Bauleistung auch zumindest teilweise für die Ausführungsplanung verantwortlich, wird er als **GU-Ausführungsplanung/Ausführung (GU-A,A)** bezeichnet. Bei der dritten zu unterscheidenden Unternehmereinsatzform, dem **GU-Entwurfsplanung/Ausführung (GU-E,A)**, übernimmt der GU zudem zumindest teilweise auch die Erstellung der Entwurfsplanung.⁴⁹ Die weitere ökonomische Argumentation basiert vor allem auf der Integration von Planungsleistungen bei GU-Ausschreibungen, sodass für die Analyse der GU-A,A und der GU-E,A unter dem Terminus „GU mit integrierten Planungsleistungen“ zusammengefasst werden.

Somit sind grundsätzlich zwei Varianten für die Fachlose-/GU-Ausschreibung denkbar. In der ersten erfolgt die Ausschreibung von Einzelgewerken und eines GU-A, sodass beide Vergabeformen die gleiche Planungstiefe vorweisen. Die zweite Variante ist eine Fachlose- und GU-Vergabe, bei der der GU eigene Planungsleistungen übernimmt (GU mit integrierten Planungsleistungen), sodass infolgedessen die beiden ausgeschriebenen Vergabeformen unterschiedliche Planungstiefen besitzen.

Im ersten Fall wird die Planung für die Ausschreibung bis zur Leistungsphase 5 der *Honorarordnung für Architekten und Ingenieure* (HOAI), der Ausführungsplanung, erarbeitet, da erst ab dieser Planungstiefe eine Fachlosevergabe durchgeführt werden kann. Die Leistungsphase 5 HOAI beinhaltet die zeichnerische Darstellung des Objekts mit allen für die Ausführung notwendigen Details und ist Grundlage für beide Ausschreibungsvarianten. Dieses Verfahren ermöglicht einen transparenten und belastbaren Vergleich der verschiedenen Angebote. Aus ökonomischer Sicht ist bei einer ÖPP-Umsetzung die Planungsvorgabe bis zur Leistungsphase 5 HOAI jedoch nicht sachgerecht. Einerseits wird ein GU-A durch die sehr detaillierten Planungsvorgaben der Ausführungsplanung in seinen Möglichkeiten und Fähigkeiten beschnitten, innovative Lösungskonzepte zu entwickeln⁵⁰ und eine bereits auf den späteren Betrieb optimierte Planung durchzuführen. Andererseits existiert für ihn kein Anreiz, ein kosteneffizientes Angebot zu erarbeiten, welches sich von den bereits durch die öffentliche Hand vorgegebenen Spezifikationen unterscheidet. Die mögliche Generierung von Kos-

⁴⁹ Vgl. Racky, Peter (2009): Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, S. 5.

⁵⁰ Siehe ebd., S. 11f.

tenvorteilen eines GU-A bleibt somit im Wesentlichen auf die Bauausführung beschränkt. Kostenvorteile können dabei entweder durch Skalen- und Verbundeffekte (v. a. im Bereich der Schnittstellenkosten) oder durch eine restriktive Preispolitik gegenüber Subunternehmen und Angestellten realisiert werden. Optimierungsmöglichkeiten und Kostenvorteile, die durch unterschiedliche Planungsansätze generierbar wären und sich finanziell zugunsten der öffentlichen Hand auswirkten, bleiben beim GU-A vollständig unbeachtet und ungenutzt. Nur wenn Nebenangebote (hier i. S. d. VwV KommInvest) als Bestandteil der Ausschreibung zugelassen werden, steht dem GU-A die Möglichkeit offen, eine eigene Planung durchzuführen, um somit eine kosteneffizientere Realisierung des Projekts anzubieten. Diese eigenen Planungsleistungen verursachen jedoch zusätzliche Kosten, die den Bieter im Wettbewerb um die GU-Auftragsvergabe benachteiligen. Aus rationaler Sicht ist nicht davon auszugehen, dass ein GU-Unternehmen diese zusätzlichen Planungen auf sich nimmt und sich so in eine nachteilige Wettbewerbsposition begibt.

Demzufolge sind eigene zusätzliche Planungsleistungen aus Sicht des GU-A nur sinnvoll, wenn die durch die Planung entstandenen Kosten durch die besser ausgeschöpften Effizienzpotentiale zumindest gedeckt, besser sogar mehr als kompensiert werden. Um den Zuschlag für das Projekt zu erhalten, muss das Angebot des selbst planenden GU im Wirtschaftlichkeitsvergleich kostengünstiger sein als die Angebote der gewerkeweisen Vergabe und die Angebote der anderen GU, die keine zusätzliche Planung auf sich genommen haben. Ob die Erfüllung dieses monetären Kriteriums bereits ausreicht, um die Ausschreibung für sich zu entscheiden, hängt dabei jedoch wesentlich von der Ausgestaltung der Bewertungskriterien des jeweiligen Projektes ab. Es kann durchaus der Fall eintreten, dass der GU aufgrund der eigenen Planung den besten Preis anbietet, er jedoch in anderen Bewertungskriterien (wie z. B. Energieeffizienz, Gestaltqualität oder Funktionalität) im Vergleich zu den anderen Mitbewerbern, deren Angebote auf der detaillierten Planung der ausschreibenden Körperschaft basieren, Abstriche hinnehmen muss. Daher ist die Entwicklung eigener Planungsleistungen durch den GU insofern mit einem höheren wirtschaftlichen Risiko behaftet, als er bei einer negativen Zuschlagserteilung zusätzlich zu seinen Angebots- und Kalkulationskosten ebenso die Kosten der von ihm erstellten Planungsleistungen selbst zu tragen hat. Über diese Kosten lassen sich keine verallgemeinernden Aussagen treffen, da diese immer vom Einzelfall bzw. dem konkreten Projektumfang abhängen. Daher entstehen durch die Fachlose-/GU-Ausschreibung Transaktionskosten⁵¹, finanzielle Risiken und Effizienzver-

⁵¹ Transaktionskosten stellen die Betriebskosten eines Wirtschaftssystems dar (Vgl. Arrow (1969), S. 48 zit. nach Richter/Furubotn (2010): Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung, S. 57). Man kann mit den Markt-, den Unternehmens- und den politischen Transaktionskosten drei verschiedene Arten von Transaktionskosten unterscheiden. Im Falle von kommunalen Investorenvorhaben spielen insbeson-

luste, die im Verfahren nur schwer ausgeglichen werden können. Die wesentlichen Effizienzpotentiale und Vorteile einer GU-Vergabe können aufgrund der Notwendigkeit von detaillierten Planungsvorgaben kaum genutzt werden. Abstimmungsprobleme zwischen Planer, Bauherr und Subunternehmern können zudem im Vergleich zur konventionellen Realisierung nur unzureichend vermieden werden. Während zugleich die Kontrollanforderungen der öffentlichen Hand insbesondere in Hinblick auf die Einhaltung der Planungsvorgaben und -qualitäten steigen und die Einflussmöglichkeiten z. B. bei der tarifgerechten Bezahlung von Nachunternehmern, aber auch der Bauausführungsverantwortung sinken⁵².

Die Betriebskosten bieten im Lebenszyklus der Infrastruktureinrichtung das größte Optimierungspotential und machen rund zwei Drittel der insgesamt anfallenden Kosten aus.⁵³ Doch Anreize zu deren Senkung bestehen bei der Fachlose-/GU-Ausschreibung nur bedingt. Nebenangebote zum Betrieb sind für die Ausschreibung (i. S. d. VwV KommInvest) grundsätzlich zulässig, werden aber vom GU zumeist nicht angeboten. Wirtschaftlich effizientere Lösungsansätze für den Betrieb lassen sich in der Regel nur entwickeln, wenn die Planungsvorgaben entsprechend optimiert werden können und eine daran anschließende lebenszyklusorientierte (Gesamt-)Bewertung der Angebote erfolgt.⁵⁴ Letzteres ist deshalb entscheidend, da nur bei dieser Betrachtung die späteren Betriebskosten der geplanten Anlagen als Bewertungskriterium der Angebote einbezogen werden und ein objektiver Vergleich der verschiedenen Angebote hinsichtlich der tatsächlich anfallenden Kosten der Infrastruktureinrichtung möglich wird. Nur wenn der GU, wie bei ÖPP üblich, in die Betriebsphase einbezogen wird, hat er ein originäres Interesse, Aufwand und Kosten für Wartungs- und Serviceleistungen sowie anfallende Medienverbräuche bereits bei der Angebotserstellung für die Bauleistungen zu berücksichtigen. Andernfalls wird er bei seiner Angebotserstellung vor allem auf die unmittelbaren Baukosten achten, deren Folgekosten aber vernachlässigen, da diese für die Zuschlagserteilung nicht relevant sind und zudem allein zulasten des Auftraggebers gehen. Die nachfolgende Darstellung, die auf hypothetischen Zahlen beruht und einer Präsen-

dere Markttransaktionskosten eine bedeutsame Rolle. Darunter fallen insbesondere Kosten, die vor dem Abschluss von Verträgen entstehen bzw. sich daran anschließende Überwachungs- und Durchsetzungskosten, die sich aus der Projektbegleitung und eventuellen Nachverhandlungen ergeben.

⁵² Vgl. Racky (2009), Fachlosweise Vergabe oder Generalunternehmervergabe als Entscheidungsproblem des Bauherrn, S. 19.

⁵³ Siehe Bundesministerium Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2007): Erfahrungsbericht – Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland, S. 4.

⁵⁴ Siehe dazu genauer die nachfolgenden Ausführungen.

tation der Bilfinger Hochbau GmbH entstammt, wird zur grundsätzlichen Verdeutlichung dieser Problematik angeführt.⁵⁵

	Firma A	Firma B	Firma C
Erstinvestition [€]	70.000	75.000	80.000
Barwert Wartung [€]	17.447	16.201	12.462
Barwert Energie [€]	46.397	40.938	38.209
Summe Barwert [€]	133.844	132.139	130.671
Wartung			
Wartung p.a. [€]	1.400	1.300	1.000
Wartung 20 Jahre [€]	28.000	26.000	20.000
Barwert 5% Zinssatz [€]	17.447	16.201	12.462
Energie			
Energieverbrauch [kWh/h]	17	15	14
$365d * 10h * 30\% * 0,20€ p.a.$ [€]	3.723	3.285	3.066
Energieverbrauch 20 Jahre [€]	74.460	65.700	61.320
Barwert 5% Zinssatz [€]	46.397	40.938	38.209

Abbildung 1 Auswirkungen von Entwicklung, Planung und Bau auf die Betriebsphase eines Projektes
Quelle: Präsentation der Bilfinger Berger GmbH auf dem DKB ÖPP-Forum am 18.09.2012 in Pirna

In der anderen Deutungsweise der Vorgaben der VwV KommInvest werden die beiden Ausschreibungsvarianten mit ungleichen Leistungsbeschreibungen veröffentlicht. Dies bedeutet, dass die Planung für die Fachlosevergabe bis zur Leistungsphase 5 HOAI vorbereitet und auf deren Grundlage gewerkeweise ausgeschrieben wird. Es werden demzufolge Fachlose und ein GU-E,A bzw. GU-A,A ausgeschrieben. Für die Vergabe an einen selbst planenden GU werden nur die vorhandenen Planungsvorgaben bis zur Leistungsphase 3 oder 4 HOAI als Grundlage für die funktionale Ausschreibung genommen. Bei dieser Variante ist zu beachten, dass in jedem Fall eine Veröffentlichung der Ausschreibungen in einem Text geboten ist.⁵⁶ Nur so kann sichergestellt werden, dass allen Bietern grundsätzlich die gleichen Informationen zur Verfügung stehen und die gesetzlichen Transparenzanforderungen, insbesondere bei der Parallelausschreibung, eingehalten werden. Grundsätzlich entstehen somit auch bei dieser Vorgehensweise die bereits dargestellten Grundprobleme. Dem selbst planenden GU ist die vorhandene Planung bis zur Leistungsphase 5 HOAI durch die Ausschreibung bekannt. In der Folge steht es ihm aber frei, diese als Grundlage seines Angebotes zu nutzen oder selbst weitere eigene Planungen zur Kostenoptimierung und Nutzung von Effizienzvorteilen vorzunehmen. Im letzteren Fall sind die zusätzlichen Kosten, die für die Erstellung der weiteren Planungsunterlagen (Ausführungsplanung und ggf. Entwurfsplanung bzw.

⁵⁵ Bei einer Betrachtung, die sich auf die Investitionskosten beschränkt, hat Firma A das günstigste Angebot. Betrachtet man hingegen die Gesamtkosten für einen Zeitraum von 20 Jahren, dann ist das Angebot der Firma C günstiger.

⁵⁶ Vgl. dazu die juristische Bewertung in Kapitel IV.

Änderung der vorhandenen Unterlagen) und deren Bewilligung entstehen, wie oben bereits erwähnt, vollständig vom selbst planenden GU zu tragen und dementsprechend im Angebot transparent einzupreisen. Dem selbst planenden GU entsteht auf diese Weise ein Kostennachteil sowohl gegenüber der fachlosbezogenen Vergabe als auch gegenüber den GU-Mitbewerbern, die ihr Angebot auf Grundlage der vorhandenen Planung bis Leistungsphase 5 HOAI erstellen (GU-A). Ferner ist die Erstellung einer eigenen Planung in Bezug auf den Zuschlag für das ausgeschriebene Projekt, wie oben bereits dargelegt, durchaus risikobehaftet, was aus rational ökonomischer Sicht zur Vermutung führt, dass die GU bei der Erstellung ihrer Angebote die detailliertere Planungstiefe der Fachlosevergabe nutzen und keine eigenen Planungen durchführen werden.

Erfolgt die Ausschreibung mit ungleichen Leistungsbeschreibungen, stellt sich zudem aber die Frage nach der Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote der Fachlose- und der GU-Vergabe. Die Problematik entsteht hierbei daraus, dass die GU-E,A- und GU-A,A-Angebote eine (eigene) Planung enthalten, die aufgrund der mit der funktionalen Leistungsbeschreibung gegebenen Möglichkeit erheblich von der Planung für die Fachlosevergabe abweichen kann. Die Schwierigkeit für die Vergabestelle besteht in diesem Verfahren darin, bei der Vergabe ebenso bereits objektive, miteinander vergleichbare Bewertungskriterien transparent festzulegen, um keinen Bieter aufgrund der verschiedenen Planungstiefen zu benachteiligen. Dadurch stellt dieses Verfahren hohe Anforderungen bzgl. des juristischen, planungstechnischen und wirtschaftlichen Know-hows an die ausführenden Stellen. Dessen ungeachtet entstehen im Verfahren erhebliche Beschwerderisiken ausgehend von unterlegenen Bietern. Da Verfahrensverstöße hierbei regelmäßig nur in der detaillierten Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls festgestellt bzw. widerlegt werden können, bestehen rechtliche Unsicherheiten auch nach Abschluss des Verfahrens. In deren Folge existieren erhebliche Risiken für Verzögerungen und zusätzliche finanzielle Aufwendungen.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass sich die Fachlose-/GU-Ausschreibung in keiner der beiden GU-Varianten aus ökonomischen Gesichtspunkten für die Vergabe eines ÖPP-Projekts in besonderem Maße eignet. Die Einbringung des für ein ÖPP-Projekt elementaren Lebenszyklusgedankens ist nicht möglich. Insbesondere eine ganzheitliche Planung mit der Optimierung der Betriebsphase an den konkreten Erfordernissen des zukünftigen Betreibers kann nicht stattfinden. Finanzierung und Betrieb sind, wenn überhaupt, dann nur als Nebenangebote zulässig und werden schon deshalb bei der Vergabe nur unzureichend berücksichtigt. Eine Lebenszyklusbetrachtung der Gesamtkosten wird zudem nicht verlangt. Demzufolge können die effizienzsteigernden Vorteile des ÖPP-Konzepts in bei der Fachlose-/GU-Ausschreibung nicht genutzt werden.

2. Parallelausschreibung

Die Parallelausschreibung, im Sinne der VwV KommInvest, sieht die gleichzeitige Ausschreibung des Bauvorhabens sowie des Investorenvorhabens vor. Der Wortlaut der Verwaltungsvorschrift gibt Interpretationsmöglichkeiten hinsichtlich der konzeptionellen Durchführung dieses Ausschreibungsmodells.⁵⁷

Neben den erheblichen rechtlichen Bedenken, die sich aus einer Doppelausschreibung ergeben (Parallelausschreibung in der ersten Auslegungsalternative),⁵⁸ ist bei beiden Auslegungsvarianten der Parallelausschreibung vor allem die Nichtberücksichtigung des Lebenszyklusgedankens zu kritisieren.⁵⁹ Das private Investorenvorhaben verbindet lediglich den Bau und die Finanzierung und lässt aber den späteren Betrieb der Infrastruktureinrichtung außer Betracht. Im Gegensatz zur Fachlose-/GU-Ausschreibung ist auch ferner die Einbringung von Nebenangeboten⁶⁰ für den Betrieb nicht vorgesehen. Die sich daraus ergebende ökonomische Problematik für ÖPP-Projekte gleicht der von ABC-Ausschreibungen und wird in dessen ökonomischen Analyse ausführlich betrachtet, sodass an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.

3. ABC-Ausschreibung

Die Ermittlung von realen Kennzahlen für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durch eine ABC-Ausschreibung ist aus ökonomischer Perspektive ebenfalls zu hinterfragen. Für eine bewertende Einschätzung ist jedoch auf die beiden Generationentypen abzustellen, die durch die Entwicklung des ÖPP-Konzepts in den letzten Jahren unterschieden werden.

ÖPP-Projekte der ersten Generation kamen verstärkt ab Mitte der 1990er zum Einsatz und waren in erster Linie Investorenmaßnahmen, deren primäres Ziel darin lag, alternative Finanzierungswege zu ermöglichen. Diese Projekte umfassen in der Regel die Vergabe der Leistungsphasen Bau und Finanzierung an einen Privaten. Während dabei vielfach im Rahmen der GU-Erstellung auch Planungsleistungen miterbracht werden, sind die Betriebsleistungen im Normalfall nicht Bestandteil des Vertrags und obliegen der vollständigen Verantwortung des Auftraggebers, folglich dem öffentlichen Partner. Die Zusammenarbeit des privaten und öffentlichen Partners endet dementsprechend mit der Übergabe der fertigen Bauleistungen durch den Auftragnehmer an den Auftraggeber, wenngleich aufgrund der existierenden Zahlungsverpflichtungen weiterhin vertragliche Beziehungen bestehen. Bei diesen

⁵⁷ Vgl. dazu Kapitel III III.3 III.3.b.

⁵⁸ Vgl. Kapitel IV IV.2.

⁵⁹ Siehe hierzu genauer die Ausführungen im Abschnitt ABC-Ausschreibung.

⁶⁰ Vgl. zum divergierenden Verständnis des Begriffs „Nebenangebote“ Kapitel III III.3III.3.a.

ÖPP-Projekten handelt es sich um Investorenvorhaben, die zumeist im Sinne eines Leasing- oder Mietkaufmodells ausgestaltet sind. Die erste Generation der ÖPP-Modelle setzt den Fokus klar auf den Finanzierungsaspekt. Dies führte dazu, dass es bei deren Anwendung vielfach weniger um die wirtschaftlichste Leistungserbringung als vielmehr um die Realisierung von konventionell nicht finanzierbaren Projekten ging. Letzteres wurde dabei durch eine intransparente Darstellung im kameralen kommunalen Haushalt und durch die Verschleierung von Kosten aufgrund undurchsichtiger Vertragsstrukturen ermöglicht.

Die Verwendung des Begriffs ÖPP der ersten Generation stellt deshalb auf ÖPP ab, die aus vorwiegend finanziellen Überlegungen angedacht werden. Diese Kritik mag bezogen auf die Vergangenheit eine Berechtigung haben, allerdings haben sich entscheidende Rahmenbedingungen für die Kommunen verändert. Zum einen werden seit 2010 die Verbindlichkeiten aus ÖPP-Verträgen vollständig in der Statistik der Verschuldung der öffentlichen Haushalte ausgewiesen, was eine „Verschleierung“ von Verbindlichkeiten unmöglich macht. Zweitens werden im Rahmen der Umstellung auf die Doppik die Verbindlichkeiten der Kommunen, die auch ÖPP-Verträge umfassen, transparent und vollständig in den Jahresabschlüssen aufgeführt.⁶¹

Bei den ÖPP-Projekten der „ersten Generation“ haben sich ABC-Ausschreibungen nach Ansicht des Rechnungshofs Baden-Württemberg durchaus bewährt⁶², was aus konzeptioneller Sicht plausibel erscheint, da diese Investorenmaßnahmen lediglich auf den Bau und die Finanzierung abzielen und den Betrieb vernachlässigen.

Die *ÖPP-Modelle der zweiten Generation*, welche seit ca. 10 Jahren den Markt dominieren, stellen hingegen mit dem ihnen immanenten Lebenszyklusgedanken insbesondere auf eine optimale Einbindung der Betriebsphase ab. Im Vordergrund der Betrachtung zwischen konventioneller und ÖPP-Realisierung steht dabei die Identifizierung der insgesamt, d. h. unter Berücksichtigung aller Lebensphasen, wirtschaftlichsten Beschaffungsvariante. Die Wirtschaftlichkeit einer Investitionsmaßnahme wird in einer vergleichenden Darstellung und Abschätzung aller im Lebenszyklus maßgeblichen Kosten analysiert. Dies bedeutet, dass nicht nur Bau und Finanzierung an den privaten Partner übertragen werden, sondern dieser auch Betriebsleistungen wie z. B. die Instandhaltung und Wartung von Anlagen übernimmt sowie Höchstverbrauchsmengen garantiert. Wesentliches Merkmal dieser ÖPP-Generation ist,

⁶¹ Eine separate Untersuchung zu diesem Themengebiet wird derzeit durch das ÖPP-Kompetenzzentrum Sachsen erstellt.

⁶² Vgl. Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): Wirtschaftlichkeitsanalyse von ÖPP-Projekten der ersten und zweiten Generation bei Hochbaumaßnahmen des Landes. Beratende Äußerung nach § 88 Abs. 2 Landeshaushaltsordnung, S. 5.

dass bereits bei der Planung alle Wertschöpfungsstufen (Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb, Verwertung) vollständig bedacht werden. Durch eine frühzeitige Einbindung eines privaten Partners in die Planung – zumeist bereits ab Leistungsphase 3 HOAI – und in möglichst viele Wertschöpfungsstufen können Effizienzpotentiale und Synergieeffekte entstehen. Zudem erhält dieser so die Möglichkeit, in Hinsicht auf den später selbst durchzuführenden Betrieb, innovative Konzepte zu entwerfen und eine betriebsoptimierte Projektrealisierung zu ermöglichen. Da zwei Drittel der Kosten einer Infrastruktureinrichtung erst in der Betriebsphase entstehen,⁶³ können die dadurch gegenüber einer konventionellen Realisierung erzielbaren Effizienzpotentiale erheblich sein. Wenngleich auch bei konventionellen Projekten die zukünftigen Betriebskosten bedacht und in der Planung berücksichtigt werden, können diese in der Regel aber nicht betriebsoptimierend geplant werden. Dies ist u. a. dem Umstand geschuldet, dass bei der Ausführung der Planungs- und der Bauarbeiten zumeist noch gar nicht feststeht, wer die zukünftigen Betriebsleistungen erbringen wird. Eine an den realen Bedürfnissen des Betreibers optimierte Planung ist deshalb bei konventionellen Realisierungen nicht üblich. Viele Effizienzpotentiale, die ein ganzheitliches Facility-Management bieten kann, können deshalb nur genutzt werden, wenn sie bereits in der Gebäudeplanung berücksichtigt und optimiert werden und Anreize für deren Nutzung vorhanden sind. ÖPP der zweiten Generation zielen deshalb auf ein phasenübergreifendes Partnerschaftsmodell mit einem privaten Partner ab, der die Gesamtverantwortung für Planung, Bau und Betrieb sowie ggf. die Finanzierung und Verwertung übernimmt. Die Dauer einer solchen partnerschaftlichen Vereinbarung umfasst eine Zeitspanne von 15 bis 30 Jahren (mit zwischenzeitlichen Exit-Optionen). In diesem Sinne stellen ÖPP der zweiten Generation nicht die Finanzierung in den Vordergrund, die zudem überhaupt nicht Bestandteil der Verträge sein muss, sondern das Lebenszykluskonzept.

Als Vergabeverfahren für ÖPP-Projekte der „zweiten Generation“ sind ABC-Ausschreibungen, ebenso wie Parallelausschreibungen, von daher ungeeignet, da sie das ÖPP-Verfahren im Vergleich zur konventionellen Variante benachteiligen. Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Betriebskosten bei einem ÖPP-Projekt für den Großteil der anfallenden Kosten verantwortlich sind, können mittels einer ABC- oder Parallelausschreibung die durch die Anwendung des Lebenszyklusprinzips generierbaren Effizienzvorteile der ÖPP-Variante nicht realisiert werden. Es besteht für die Bieter der strategische Anreiz, Kosten auf die Betriebsphase zu verlagern, da sie nicht von ihnen selbst getragen werden. Erst durch die gemeinsame Vergabe der beiden Wertschöpfungsstufen Bau und Betrieb in eine

⁶³ Siehe Bundesministerium Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2007): Erfahrungsbericht – Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland, S. 4.

Hand werden die durch die ÖPP-Realisierung gewünschten Synergie- und Einsparpotentiale nutzbar. Die langfristigen Verträge mit fixen Betriebsentgelten und entsprechenden Malus-Regelungen schaffen dabei die notwendigen Anreize, diese bereits bei der Planung auszuschöpfen. Zudem sind Erfahrungen mit dieser Ausschreibungsform, insbesondere bei der Integration von Betriebsleistungen, im Gegensatz zu ÖPP kaum vorhanden. In Sachsen gab es bislang mit dem Bau der operativen Kliniken des Universitätsklinikums Leipzig von 2000 bis 2003 durch den Freistaat nur ein konventionelles Projekt, das mittels ABC-Ausschreibung durchgeführt wurde.⁶⁴

Des Weiteren ist die Anwendung einer ABC-Ausschreibung im Verlauf des ÖPP-Verfahrens für die öffentliche Hand mit Zusatzkosten verbunden. Diese ergeben sich aus der Notwendigkeit einer konventionellen Planung (bis mindestens Leistungsstufe 3), der zusätzlichen Vorbereitung einer gewerkweisen Ausschreibung, der Prüfung der eingereichten Angebote sowie steigenden Transaktionskosten, die durch die rechtliche Beratung zur Konzipierung und Ausgestaltung einer ABC-Ausschreibung entstehen.⁶⁵ Durch den zusätzlichen personellen und finanziellen Aufwand einer parallelen Planung, Ausschreibung und Angebotsbegutachtung werden die Effizienzvorteile der alternativen Beschaffungsvariante ÖPP konterkariert.

Sollen auch die Betriebsleistungen Teil der Ausschreibung sein, müsste bei konsequenter Umsetzung des Grundprinzips eine ABCDE-Ausschreibung durchgeführt werden, welche voraussichtlich mit erheblichen organisatorischen Mehrkosten und einer Verschärfung der in der juristischen Analyse dargelegten Problemfälle (insbesondere Markterkundung) einher gehen wird:

- A Bau
- B Finanzierung
- C Bau + Finanzierung
- D Bau + Betrieb
- E Bau + Betrieb + Finanzierung.

⁶⁴ Mündliche Auskunft des Staatsbetriebs Sächsisches Immobilien- und Baumanagement (SIB).

⁶⁵ Vgl. zum Aufwand der mit einer ABC-Ausschreibung verbunden ist Deutsches IngenieurBlatt (2000): Die Nagelprobe brachte den Beweis, Oktober 2000, S. 34-36.

VI. Synchronisation der gefundenen juristischen und ökonomischen Ergebnisse

Nach der juristischen und ökonomischen Analyse der verschiedenen von der VwV Kommlnvest vorgeschriebenen Ausschreibungsmodellen bleibt festzuhalten, dass keine von ihnen uneingeschränkt für die Ausschreibung von ÖPP-Projekten der zweiten Generation geeignet ist. In Anbetracht der beiden der Analyse der drei Ausschreibungsvarianten zugrunde gelegten Dimensionen überwiegen teils die juristischen, teils die ökonomischen Einwände.

1. Fachlose-/GU-Ausschreibung

Diese Ausschreibungsvariante verstößt nicht gegen vergaberechtliche Grundsätze. Da die verschiedenen Realisierungsvarianten in einem Vergabeverfahren ausgeschrieben werden und sich diese Angebote nur auf eine Verdingungsordnung beziehen, werden das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt. Eine unzulässige Markterkundung liegt ebenfalls nicht vor. Aus ökonomischer Perspektive weist die Fachlose-/GU-Ausschreibung einige Problemfelder auf. So schränkt die ausführliche Planung bis Leistungsphase 5 HOAI die Möglichkeiten des GU zur Entwicklung von effizienzsteigernden Lösungsansätzen in erheblichem Maße ein. Ferner ist die Erstellung von eigenen Planungsleistungen mit zusätzlichen Kosten verbunden, die wettbewerbsnachteilig wirken können, und bleibt in Hinblick auf die Vergabeentscheidung risikobehaftet. Eine Lebenszyklusbetrachtung ist bei dieser Ausschreibungsvariante nur bedingt möglich, da der Betrieb der Infrastruktureinrichtung nur als Nebenangebot miteingebunden werden kann.

2. Parallelausschreibung (erste Auslegungsalternative)

Die Durchführung von zwei separaten Ausschreibungsverfahren für den gleichen Leistungsgegenstand provoziert viele rechtliche Unsicherheiten in Bezug auf die Zulässigkeit dieses Verfahrens. Die Anhäufung von Risiken für die Bieterseite erhöht die Wahrscheinlichkeit für den Tatbestand der Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots. Zudem widerspricht die Parallelausschreibung den §§ 17 Abs. 1 EG VOB/A und 20 Abs. 1 EG VOL/A, die eine Aufhebung eines Ausschreibungsverfahrens nur im Ausnahmefall erlauben. Die hohen Anforderungen, die an die Bieter gestellt werden, sprechen außerdem für die Einstufung der Parallelausschreibung als unzulässige Markterkundung. Die ökonomischen Bedenken ergeben sich primär aus der Nichtberücksichtigung des Betriebes in der Angebotserstellung, was eine Lebenszyklusbetrachtung ausschließt. Die Vergleichbarkeit der Angebote für das Bau- und Investorenvorhaben ist ebenfalls fraglich.

3. ABC-Ausschreibung

Aus rechtlicher Sicht entstehen Gefahren für das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot durch das Wirksamwerden von verschiedenen Verdingungsordnungen, die jedoch durch eine sorgfältige Durchführung der Ausschreibung vermieden werden können. Auf diese Weise kann ebenso der Aufwand, der den Bietern aufgebürdet wird, minimiert werden, sodass die ABC-Ausschreibung die Klassifizierung als unzulässige Markterkundung vermeidet. ABC-Ausschreibungen sowie Parallelausschreibungen im Sinne der zweiten Auslegungsalternative sind für ÖPP-Projekte der zweiten Generation nicht geeignet, da durch die Vernachlässigung des Betriebes keine lebenszyklusoptimierte Planung angeboten werden kann. Des Weiteren kommen auf die öffentliche Hand zusätzliche Kosten zu, sodass aus den ökonomischen Überlegungen von diesem Ausschreibungsmodell abzusehen ist.

4. Fazit

Wie der Überblick nochmals verdeutlicht, existieren je nach Ausschreibungsvariante unterschiedlich schwerwiegende rechtliche und ökonomische Gründe, die die drei Modelle für die Durchführung eines objektiven Ausschreibungsverfahrens insbesondere für ÖPP-Projekte, die die Betrachtung des Lebenszyklus⁶⁶ in den Mittelpunkt stellen, disqualifizieren. Hierbei erfordern die drei Ausschreibungsmodelle einen zu hohen Aufwand auf der Bieterseite und erschweren die Integration von effizienzsteigernden Lösungsvorschlägen. In diesem Sinne sind folglich die Vorschriften der VwV KommInvest in Bezug auf die Nutzung von lebenszyklusorientierten ÖPP-Vorhaben der zweiten Generation nicht zweckmäßig.

Diesem Problem kann jedoch durch eine Ergänzung der VwV Komminvest durch ein weiteres Modell begegnet werden. Die Vorschriften der VwV KommInvest ließen sich so durch eine Ausschreibung ergänzen, die im Teil A Bau und Betrieb ausschreibt. In Teil B würde die Finanzierung zusätzlich in die Ausschreibung integriert, d. h. Bau, Betrieb und Finanzierung zusammen ausgeschrieben werden. Hierfür ist zunächst festzuhalten, dass allein bereits durch die Verbindung von Bau- und Betriebsleistungen in einer Hand eine Lebenszyklusbetrachtung gewährleistet werden kann. Die Finanzierung muss dafür nicht notwendigerweise über den privaten Partner erfolgen. Mit dem *Hofer Modell* existiert bereits ein praktisches Anwendungsbeispiel, bei dem nur Bau und Betrieb an den privaten Partner übergeben wurden und die Finanzierung durch die öffentliche Hand über Kommunalkredite und KfW-Darlehen erfolgte.⁶⁶ Den Bietern steht es frei, sich nur auf Teil A oder (ebenso) auf Teil B inklusive Finanzierung zu bewerben. In beiden Fällen würde eine Generalunternehmerausschreibung erfolgen, wodurch die Verbindung der Bau- und Betriebsleistungen sichergestellt

⁶⁶ Siehe Scholz, Dietmar/Richter, Hans-Peter (2010): Das Hofer Modell. In: Behörden Spiegel, 9/2010, S. 24.

ist und ausreichend planerische Freiheiten für innovative und effiziente Lösungsansätze bestehen. Diese Ausschreibungsvariante wird damit den ÖPP-Projekten der zweiten Generation gerecht, ohne zwingend auf eine private Finanzierung angewiesen zu sein. Eine private Finanzierung käme nur in Betracht, wenn sie preisgünstiger ist als die konventionelle Finanzierung. Gleichzeitig bestehen die Anreize und Effizienzvorteile einer lebenszyklusorientierten Betrachtung und Ausschreibung zu großen Teilen fort. Die Transaktionskosten und der Mehraufwand für die Bieter sind jedoch vergleichsweise gering.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Wortlaut der Parallelausschreibung in der VwV Kominvest insofern präzisiert werden muss, sodass klar ersichtlich wird, dass dieser nur auf die zweite Auslegungsalternative abzielt. Zusätzlich sollte die Verwaltungsvorschrift um ein Ausschreibungsverfahren ergänzt werden, dass die Ausschreibung des Betriebs miteinschließt.