



## Vergaberechtsleitfaden



## Public Private Partnership im Hochbau



Finanzministerium  
des Landes  
Nordrhein-Westfalen

Public Private Partnership-Initiative **NRW**

Public Private Partnership-Initiative **NRW**

von Rechtsanwalt Matthias Berger

unter Mitwirkung der PPP-Task Force des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen:

**Dr. Frank Littwin**  
Tel.: (0211) 4972 - 2409  
Fax: (0211) 4972 - 2596  
E-Mail: [frank.littwin@fm.nrw.de](mailto:frank.littwin@fm.nrw.de)

**Angelika Weihnacht**  
Tel.: (0211) 4972 - 2332  
Fax: (0211) 4972 - 2752  
E-Mail: [angelika.weihnacht@fm.nrw.de](mailto:angelika.weihnacht@fm.nrw.de)

**Joachim Michelmann**  
Tel.: (0211) 4972 - 2690  
Fax: (0211) 4972 - 2596  
E-Mail: [joachim.michelmann@fm.nrw.de](mailto:joachim.michelmann@fm.nrw.de)

Kritik und weiterführende Hinweise können an die PPP-Task Force oder an

**Matthias Berger**  
Luther Menold Rechtsanwaltgesellschaft mbH  
Pempelforter Strasse 50, 40211 Düsseldorf  
E-Mail: [matthias.berger@luthermenold.de](mailto:matthias.berger@luthermenold.de).

gerichtet werden.

**Public Private Partnership  
im Hochbau**

**Ein Vergaberechtsleitfaden  
der PPP-Task Force des  
Landes Nordrhein-Westfalen**

**Düsseldorf, 5. Mai 2003**



Bund, Land und Kommunen brauchen neue Finanzierungs- und Handlungsformen, um die aktuellen Probleme und Herausforderungen bewältigen zu können. Zu diesen Instrumentarien zählen auch Kooperationen mit der Privatwirtschaft. Allerdings ist hier mehr Wagemut erforderlich als bei den herkömmlichen Handlungsformen des Staates. Fortschrittliche neuartige Überlegungen und Perspektiven dürfen nicht in der Schublade verschwinden. Zum Wohle der Bürgerinnen und Bürger müssen gereifte Ideen auch erprobt und umgesetzt werden!

Das Finanzministerium hat daher eine Projektgruppe ins Leben gerufen, deren Aufgabe, neben der Betreuung konkreter Public Private Partnership-Pilotprojekte, vor allem die Standardisierung des PPP-Prozesses ist. Dazu werden in erster Linie Leitfäden und Musterverträge entwickelt. Eigenes Know-how soll erforderliche Beratungskosten gering halten. Ziel der Projektgruppe ist es außerdem, ideelle und bürokratische Hemmnisse abzubauen, damit es zwischen öffentlicher Hand und privater Wirtschaft zu beispielhaften Formen der Zusammenarbeit kommt.

Dieser Vergaberechtsleitfaden ist der erste PPP-Leitfaden der Projektgruppe, auch „PPP-Task-Force-NRW“ genannt. Zugleich ist er auch der erste in Deutschland, der den Ablauf eines Vergabeverfahrens für PPP-Projekte im Hochbau beschreibt. Da wir dennoch am Anfang eines Prozesses stehen, lade ich Sie ein, mit uns zu diskutieren und Ihre Anregungen an uns weiterzuleiten.

Mit freundlichen Grüßen

Jochen Dieckmann  
*Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen*

## **GLIEDERUNG**

### **EINLEITUNG**

#### **1. VORBEREITUNG DES VERGABEVERFAHRENS**

**1.1 UNTERSUCHUNG DER WIRTSCHAFTLICHKEIT**

**1.2 ERSTELLUNG DER VERGABEUNTERLAGEN**

**1.2.1 GLIEDERUNG DER VERDINGUNGSUNTERLAGEN**

**1.2.2 LOSBILDUNG**

**1.2.3 ZUSCHLAGSKRITERIEN**

**1.2.4 PROBLEME DER LEISTUNGSBESCHREIBUNG**

**1.2.5 ERGEBNISORIENTIERTE LEISTUNGSVERTRÄGE**

**1.2.6 ZEITPLAN**

**1.2.7 VERFAHRENSKOSTEN**

**1.3 BESTIMMUNG DER AM VERGABEVERFAHREN BETEILIGTEN  
PERSONEN**

## **2. DURCHFÜHRUNG DES VERGABEVERFAHRENS**

- 2.1 VERGABEBEKANNTMACHUNG**
- 2.2 TEILNAHMEWETTBEWERB**
- 2.3 EINHOLUNG VON ANGEBOTEN**
- 2.4 VERHANDLUNGEN IN MEHREREN RUNDEN**
- 2.5 VORINFORMATION UND ZUSCHLAGSERTEILUNG**
- 2.6 VERGABEVERMERK UND BEHANDLUNG VON RÜGEN**
- 2.7 AUFHEBUNG DER AUSSCHREIBUNG**

## **3. EINZELNE RECHTLICHE ASPEKTE**

- 3.1 ANWENDBARKEIT DES VERGABERECHTS**
  - 3.1.1 ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER**
  - 3.1.2 ÖFFENTLICHER AUFTRAG**
  - 3.1.3 AUSSCHREIBUNGSPFLICHT BEI VERÄUSSERUNG EINES GESCHÄFTSANTEILS**
  - 3.1.4 BESTIMMUNG DES MASSGEBLICHEN NETTOWERTES**
  - 3.1.5 AUSNAHMETATBESTAND DES § 100 ABS. 2 GWB**
- 3.2 WAHL DES VERGABEVERFAHRENS**
- 3.3 DIE EIGNUNGSPRÜFUNG BEI PPP-PROJEKTEN**

## EINLEITUNG

Bei Public Private Partnerships geht es um die Kooperation der öffentlichen Hand und der privaten Wirtschaft bei der Planung, Erstellung, Unterhaltung, Sanierung und dem Betrieb von öffentlichen Investitionsmaßnahmen (z.B. Hochbau). PPP-Modelle sind auf vielen Ebenen des staatlichen Handelns denkbar und finden in Nordrhein-Westfalen und auch bundesweit immer mehr Beachtung.

Hintergrund dieses Trends ist zum einen das Bestreben des Staates, die Verwaltung zu modernisieren und sich auf seine Kernaufgaben zu beschränken und zum anderen die Notwendigkeit der öffentlichen Haushalte, die knappen Haushaltsmittel effizienter einzusetzen.

Rechtlich steht es dem Staat grundsätzlich frei, sich zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Organisationsformen zu bedienen und privatrechtliche Verträge abzuschließen. Nach dem Grundgesetz (Art. 33 Abs. 4 GG) muss nur der Kernbereich der staatlichen Aufgaben durch Angehörige des öffentlichen Dienstes wahrgenommen werden. Da der Bereich des staatlichen Hochbaus nicht zum Kernbereich des staatlichen Handels gehört, bietet sich die Übernahme durch den privaten Sektor geradezu an. Es ist davon auszugehen, dass dem Staat aufgrund der schwindenden finanziellen Spielräume eine leistungsfähige moderne Infrastruktur zukünftig nur noch durch Einbeziehung privaten Kapitals und Know-hows sicherstellen kann. Public Private Partnerships stellen eine Beschaffung sicher, bei der der Staat seine Gesamtverantwortung für die Aufgabe nicht aus der Hand gibt und zudem die Chance zur Haushaltskonsolidierung erhält.

Bei der Entscheidung, ob ein Hochbauprojekt für den öffentlichen Bedarf nach der herkömmlichen Beschaffungsmethode oder als PPP-Modell erfolgen soll, hängt maßgeblich von der Frage der Wirtschaftlichkeit ab.

Auf Ebene der Landesverwaltung Nordrhein-Westfalens ist die Aufgabe, Grundstücke zu erwerben, zu bewirtschaften und zu verwerten, dem Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW (BLB) übertragen worden.<sup>1</sup> Der BLB ist gesetzlich verpflichtet, kaufmännischen Grundsätzen Rechnung zu tragen, d.h. die wirtschaftlichste Lösung zu wählen. Die haushaltsrechtlichen Erwägungen im Weiteren finden daher in erster Linie auf Kommunen Anwendung.

Gemäß § 10 Abs. 2 und 3 GemHVO NRW sind die Kommunen verpflichtet, vor der Tötigung einer Investition die Anschaffungs- oder Herstellungskosten und die Folgekosten unterschiedlicher Beschaffungsvarianten zu ermitteln und die wirtschaftlichste Variante zu wählen. Dieser haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsvergleich erfolgt bei PPP-Projekten durch den sog. Public Sector Comparator (PSC) als Vergleichsmaßstab. Der PSC stellt die gesamten Kosten der traditionellen öffentlichen Beschaffung dar. In den PSC sind auch bewertete Risiken für Planung, Bau und Betrieb einbezogen. Solche Risikokosten fanden im öffentlichen Rechnungswesen bisher keine Berücksichtigung. Im Wirtschaftlichkeitsvergleich werden die geschätzten Kosten der PPP-Variante dem PSC gegenüber gestellt. Insofern wird mit dem PSC auch die so genannte Wirtschaftlichkeitsschwelle ermittelt.

Mit einem Markterkundungsverfahren wird nach Erstellung eines PSC ermittelt, ob ein Markt für das von der öffentlichen Hand entwickelte PPP-Projekt besteht und durch einen privaten Investor weitere Optimierungen des Modells möglich sind, bevor es zu einer Ausschreibung kommt. Der PSC ist dann entsprechend anzupassen.

Der Vergaberechtsleitfaden beschreibt den vergaberechtlichen Rahmen des Markterkundungsverfahrens und das bei einem PPP-Projekt zu wählende Vergabeverfahren. Dabei wird der Ablauf eines möglichen Verfahrens unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten von der Projektentwicklung und Fortentwicklung eines PPP-Modells nach Prüfung der Marktgängigkeit bis hin zur Durchführung des Vergabeverfahrens beschrieben. Er wendet sich an Projektverantwortliche auf der öffentlichen Seite, die sich mit der Entwicklung bzw. mit der Ausschreibung eines

---

<sup>1</sup> § 2 des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes Nordrhein Westfalen/Bau- und Liegenschaftsbetrieb NRW“ vom 12.12.2000, GV NRW S. 754.

PPP-Modells befassen. Der Leitfaden soll eine Hilfestellung zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens geben und Fehler im Vorfeld eines Vergabeverfahrens, insbesondere bei der Entwicklung eines geeigneten Geschäftsmodells, vermeiden helfen.

## 1. VORBEREITUNG DES VERGABEVERFAHRENS

### 1.1 UNTERSUCHUNG DER WIRTSCHAFTLICHKEIT

Durch eine gemeinsame Ausschreibung von Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb soll der Auftragnehmer in die Lage versetzt werden, insbesondere die Bauunterhaltungs- und Betriebskosten durch eine auf die Folgekosten ausgerichtete Planung der Errichtung der Immobilie optimal zu senken. Bei Einbeziehung auch der Verwertung des Gebäudes wäre der Bieter sogar für die Lebenszeitkosten (Gesamtkosten) des Gebäudes verantwortlich. Ein solches Modell soll nachfolgend als PPP/PFI-Modell bezeichnet werden<sup>2</sup>.

Gemäß § 10 Abs. 2 GemHVO NRW sollen die zur Anwendung des Haushaltsrechts verpflichteten öffentlichen Stellen noch vor einer solchen Investition in den Fällen, in denen mehrere Möglichkeiten in Betracht kommen, durch Vergleich der Anschaffungs- oder Herstellungskosten und der Folgekosten die für die Gemeinde wirtschaftlichste Möglichkeit ermitteln. § 10 Abs. 3 GemHVO NRW schreibt weiter vor, dass „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Bauten erst dann veranschlagt werden dürfen, wenn Pläne, Kostenberechnungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Maßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtung sowie die voraussichtlichen Jahresraten unter

---

<sup>2</sup> „Privat Public Partnership“ (PPP) - Modelle sind derzeit in zahlreichen Modifikationen und Anwendungsfeldern üblich und bekannt. Denkbar sind sämtliche Formen der vertraglichen Beziehung und Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen der Privatwirtschaft. Die „Private Finance Initiative“ (PFI) wurde 1992 von der britischen Regierung verabschiedet. PFI-Projekte zeichnen sich neben dem Ziel, die Qualität der Leistungen zu steigern, durch eine optimale Übertragung von Risiken auf den privaten Investor aus, die die öffentliche Hand bisher getragen hat. Insofern sind PFI-Projekte nur als ein Unterfall der PPP-Projekte anzusehen. „PFI“ gehört zumindest in Großbritannien als Begriff inzwischen zum gängigen Sprachgebrauch. Die Kombination der beiden Abkürzungen ist eine sinnvolle Einengung der ansonsten sehr konturlosen Umschreibung als „PPP-Modell“ oder Betreibermodell bzw. Investorenmodell.

Angabe der Kostenbeteiligung Dritter und ein Bauzeitenplan im Einzelnen ersichtlich sind.“

Dieser haushaltsrechtlich gebotene Wirtschaftlichkeitsvergleich hat Konsequenzen für das spätere Vergabeverfahren. Der öffentliche Auftraggeber erlangt nicht nur Erkenntnisse über die voraussichtlich günstigste Realisierungsalternative, sondern auch einen Maßstab zur Bewertung der eingehenden Angebote. Er wird durch die genaue Analyse der eigenen Kosten einschließlich der bewerteten Risiken in die Lage versetzt, Angebote als unwirtschaftlich zu qualifizieren und die Ausschreibung ggf. bei Fehlen eines wirtschaftlicheren Angebots aufzuheben.

Dabei ist der Vergleich zumindest zwischen der konventionellen Eigenerstellung und der Fremderstellung nach dem PPP/PFI-Modell durchzuführen. Im Einzelfall ist es auch sinnvoll, vor dem Vergleich mit der Eigenerstellung eine vergleichende Untersuchung der Fremderstellung in verschiedenen Variationen zu erstellen.

Auf Bundesebene erlaubt § 7 Abs. 2 Satz 2 BHO „in geeigneten Fällen“ die Darlegung durch private Anbieter im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens, ob sie „staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso (wie die Verwaltung) oder besser erbringen können.“ Obwohl in NRW keine gleichlautenden Normen bestehen, kann das Interessenbekundungsverfahren auch vom Land oder den Kommunen eingesetzt werden. Vergaberechtlich ist allerdings zu berücksichtigen, dass Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke, zu denen auch die bloße Ermittlung der Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens gehört, unzulässig sind.<sup>3</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat deshalb unzweifelhaft deutlich zu machen, dass er keine förmliche Ausschreibung, sondern – zu dem Zeitpunkt noch ohne Zuschlagswillen – nur ein Interessenbekundungsverfahren durchführt. Das Interessenbekundungsverfahren, auch Market-Testing genannt, ist inhaltsgleich mit dem vergaberechtlichen Begriff des Markterkundungsverfahrens.

Weiterhin ist vergaberechtlich zu beachten, dass durch das Markterkundungsverfahren kein Bieter diskriminiert wird.<sup>4</sup> Bieter könnten sich z.B. diskriminiert fühlen, wenn sie nicht an dem Markterkundungsverfahren beteiligt wurden und so nicht die

---

<sup>3</sup> § 16 Nr. 2 VOB/A und § 16 Nr. 2 VOL/A (Verbot von Ausschreibungen nur für „Ertragsberechnungen, Vergleichsanschläge, Markterkundung“).

<sup>4</sup> § 97 Abs. 2 GWB, ebenso § 2 Abs. 2 VOB/A bzw. § 2 Abs. 2 VOL/A

Chance der frühzeitigen Vorbereitung erhalten haben. Im Markterkundungsverfahren könnten aber auch versehentlich mehr Informationen über das Projekt mitgeteilt werden, als später in den regulären Verdingungsunterlagen den übrigen Bietern bekannt gegeben werden.

Es empfiehlt sich deshalb, bei Durchführung eines Markterkundungsverfahrens sorgfältig zu planen, jeglichen Informationsaustausch im Detail zu protokollieren und, soweit sinnvoll, in anonymisierter Form sämtlichen späteren Bietern zur Verfügung zu stellen.<sup>5</sup> Hierbei können die in dem Rundschreiben des Bundesministeriums für Finanzen vom 31. August 1995 genannten Vorgaben eine sinnvolle Leitlinie darstellen.<sup>6</sup>

„Die staatliche Aufgabe oder die öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeit wird so genau beschrieben, dass ein Interessent auf der Grundlage dieser Beschreibung den Umfang und die Kosten dieser Aufgabe oder Tätigkeit berechnen kann. Insbesondere ist anzugeben,

- inwieweit die Interessenten Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung einer Maßnahmen übernehmen sollen,
- wie die Eigentumsverhältnisse geregelt werden sollen,
- auf welchen Zeitraum sich die Maßnahme oder Tätigkeit erstrecken soll,
- welche Kriterien für die Entscheidung im Interessenbekundungsverfahren maßgeblich sind und
- welche Rechte sich der Staat bei der Maßnahme selbst sowie zur Kontrolle über die Ausführung der Aufgabe vorbehält.

Die Aufforderung zur Teilnahme an einem Interessenbekundungsverfahren wird öffentlich bekannt gemacht. Die Bekanntmachung enthält einen Hinweis auf die Stelle, bei der die Beschreibung der Aufgabe erhältlich ist. Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags handelt und Teilnehmer nicht an ihre Angebote gebunden sind. Für die Abgabe von Interessenbekundungen ist eine Frist von mindestens einem Monat zu gewähren.“

---

<sup>5</sup> VK Bund, Beschluss vom 10. Juli 2002 – VK 2-34/02: „Betreibt die Vergabestelle im Vorfeld eines Vergabeverfahrens Markterkundungen bei potentiellen Bietern, z. B. durch Betriebsbesichtigung, muss sie die dadurch möglicherweise entstandenen Informationsvorsprünge einzelner Bieter soweit wie möglich im späteren Vergabeverfahren ausgleichen; dem genügt die Vergabestelle, wenn sie allen Bietern gleichermaßen den Frage- und Antwortenkatalog zur Leistungsbeschreibung zusendet“; vergleiche auch das Muster einer Informationsschrift im Anhang zu diesem Leitfadens.

<sup>6</sup> Rundschreiben des BMF vom 31. August 1995, GMBI. S. 764.

## 1.2 ERSTELLUNG DER VERGABEUNTERLAGEN

Der öffentliche Auftraggeber darf mit der Ausschreibung durch Absendung der öffentlichen Bekanntmachung erst dann beginnen, wenn die Verdingungsunterlagen erstellt sind und die Leistung aus seiner Sicht innerhalb der angegebenen Frist ausgeführt werden kann.<sup>7</sup>

Die Verdingungsunterlagen bestehen meist aus zwei Teilen, dem Allgemeinen Teil mit den Hinweisen über das Vergabeverfahren und dem Besonderen Teil mit der Leistungsbeschreibung. Die Leistungsbeschreibung enthält die Beschreibung der nachgefragten baulichen Nutzung anhand eines Raumbuchs und der sonstigen Dienstleistungen. Es empfiehlt sich, die Leistungsbeschreibung in konkreten Vertragsmustern zu formulieren oder gegebenenfalls in Form von Vertragseckpunkten festzulegen, welche dann im Verhandlungsverfahren in konkrete Vertragstexte umzusetzen sind. Es ist dem Bieter mitzuteilen, auf welchem Grundstück das Bauwerk zu errichten oder zu sanieren ist, und in welcher Form (Kauf, Pacht, Erbbaurecht) und zu welchen Konditionen ihm die Verfügungsmöglichkeit über die Liegenschaft eingeräumt werden soll.

Sofern sich der Auftraggeber an der Projektgesellschaft des Bieters gesellschaftsrechtlich beteiligen will, sind die Verdingungsunterlagen um ein Muster für den Gesellschaftsvertrag zu ergänzen.

Idealerweise vor Beginn des Vergabeverfahrens, spätestens aber vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat der Auftraggeber eine Bewertungsmatrix zu erstellen, mittels derer die eingehenden Angebote bewertet werden sollen. Sofern der Auftraggeber im Laufe der Verhandlungen weitere, wesentliche Erkenntnisse durch die Angebote der Bieter erhält und deshalb beispielsweise die Anforderungen modifiziert, ist er berechtigt, vor der letzten Verhandlungsrunde die Bewertungsmatrix zu überarbeiten. Von dieser Änderung sind die Bieter vor der Abgabe ihres letzten Angebotes in Kenntnis zu setzen.

Anzumerken ist, dass Defizite bei der Vorbereitung der Ausschreibung, insbesondere bei der Beschreibung der Leistung, nicht durch „Verhandlungen“ ausgeglichen werden dürfen. Dieses Verbot erstreckt sich auch auf wesentliche Modifika-

---

<sup>7</sup> § 16 Nr. 1 VOB/A; § 16 Nr. 1 VOL/A.

tionen der Bewertungsmatrix. Bei einer mehr als nur marginalen Anpassung sollte der Auftraggeber die Ausschreibung aufheben und mit einer angepassten Bekanntmachung und neuen Verdingungsunterlagen erneut beginnen.

### 1.2.1 GLIEDERUNG DER VERDINGUNGSUNTERLAGEN

#### A. Allgemeiner Teil

Hinweise zum Ablauf des Vergabeverfahrens

Ort der Einreichung der Angebote

Angabe und Gewichtung der Zuschlagskriterien

Weiterer Zeitplan für die Ausschreibung

#### B. Besonderer Teil

##### I. Leistungsbeschreibung

###### 1. Angaben zum Grundstück

###### 2. Raumbuch bzw. Raumprogramm

###### 3. Musterverträge

a. Grundstücksüberlassungsvertrag (Pacht-, Erbbaurechts-, Nießbrauchs- oder Kaufvertrag)

b. Mietvertrag ggf. mit Bauerrichtungsverpflichtung sowie mit konkreten Bauunterhaltungsregelungen

c. Ergänzende Dienstleistungsverträge (z.B. Gebäudereinigung, Verpflegung, Telefonvermittlung, technische Einrichtung etc.)

d. ggf. Gesellschaftsvertrag für die Errichtung der gemeinsamen Projektgesellschaft

###### 4. ggf. Angaben über die vom Bieter zu übernehmenden oder dem Bieter beigestellten Arbeitnehmer (Personalkonzept)

##### II. Finanzierungsmuster, das vom Bieter bei Angebotsabgabe zwecks Nachprüfung seiner Kalkulation auszufüllen ist

## 1.2.2 LOSBILDUNG

Der Auftraggeber ist verpflichtet, mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung des Auftrages in Fach- und Teillöse zu berücksichtigen, § 97 Abs. 3 GWB.<sup>8</sup>

Die Pflicht zur Losbildung ist kein bloßes politisches Postulat, sondern eine Rechtsnorm, deren Nichteinhaltung über ein Nachprüfungsverfahren zur Aufhebung der Ausschreibung führen kann.<sup>9</sup> Deshalb ist der Auftraggeber für den Fall einer Abweichung der Ausschreibung in Teil- und Fachlosen verpflichtet, in dem Vergabevermerk plausibel den Grund für die Abweichung darzulegen. Sowohl die VOB/A als auch die VOL/A lassen wirtschaftliche Gründe als Rechtfertigungsgrund zu.<sup>10</sup>

Ein Grund für die einheitliche Ausschreibung des Auftrages zur Planung, Errichtung und zum langfristigen Betrieb des Gebäudes ist die – soweit umsetzbar und wirtschaftlich vertretbar – möglichst vollständige Verantwortung des Bieters für alle drei Leistungsgegenstände. Obwohl jede einzelne Leistung heute Gegenstand einer einzelnen Ausschreibung – diese ggf. noch in weitere Lose unterteilt – ist, führt allein die einheitliche Verantwortung des Bieters zu der für PPP/PFI-Projekte typischen Kostenreduktion.

Die gewünschte Raumnutzung kann also als ein PPP/PFI-Modell unter Verweis auf die zu erzielenden Kostenvorteile im Wege einer Gesamtvergabe ohne Losbildung ausgeschrieben werden. Hier wäre der Auftraggeber auf der sicheren Seite, der vor der Ausschreibung – wie eingangs beschrieben – eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bzw. eine Marktuntersuchung durchgeführt und hierbei eine positive Prognose erzielt hat.

Selbst dann, wenn die Losbildung bei den Leistungen „Planung, Bauerrichtung und Gebäudebetrieb“ zulässigerweise unterbleiben darf, muss der Auftraggeber bei

---

<sup>8</sup> § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A ergänzt diese Norm wie folgt: „Umfangreiche Bauleistungen sollen möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillöse). Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbezeige sind in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbezeigen getrennt zu vergeben (Fachlose).“ Für Dienstleistungsaufträge schreibt § 5 Nr. 1 VOL/A den Auftraggebern demgegenüber eingeschränkt nur für den Fall vor, in dem dies „nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, die Zerlegung in Lose – z.B. nach Menge, Art –, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können.“

<sup>9</sup> LG Hannover, WiB 1997, 944 (946); ablehnend: Hertwig in Motzke/Pietzker/Prieß „VOB - Teil A“, 1. Aufl. 2001, § 4, Rn. 19.

<sup>10</sup> § 4 Nr. 3 Satz 2 VOB/A; § 5 Nr. 1 Satz 2 VOL/A.

jeder weiteren Leistung, die nicht wesentypisch mit der Planungs-, Bau- und Betriebsleistung verbunden ist, überlegen, ob sie nicht als gesondertes Los ausgeschrieben werden muss. So kann z.B. der Bieter die Planung des Gebäudes auch hinsichtlich der erforderlichen Reinigungsleistung optimieren und wird dies auch tun, wenn er für die Gebäudereinigung verantwortlich ist. Deshalb wäre von einer Separierung der Reinigungsleistung von der Hauptleistung abzuraten. Hingegen könnten Verpflegungsleistungen durchaus, wenn der Auftraggeber beispielsweise die Größe der Küche und der Essräume vorgegeben hat, als gesondertes Los auch von einem Dritten angeboten werden. Hier ist jedoch zu sehen, dass das Projekt für den Bieter – und damit mittelbar auch für den öffentlichen Auftraggeber – umso unattraktiver wird, je geringer der Auftragswert für das ausgeschriebene Gesamtpaket ist. PPP/PFI-Projekte leben davon, dass der Bieter Optimierungspotentiale erkennt und der öffentliche Auftraggeber so wenig Vorgaben wie nur möglich gibt. So sollte der Auftraggeber bei einem Auftrag zum Betrieb einer Kantine nur die Qualität der Verpflegung vorgeben, nicht aber die Produktionsform der Gerichte. Dies wäre der Fall, wenn er die Größe und Art der Küche dem Bieter für das Hauptlos vorgeben würde.

Zu empfehlen ist, die Gesamtlosvergabe bei PPP/PFI-Verfahren durch die zulässige Aufnahme des Zuschlagskriteriums „Umfang der Vergabe von Subunternehmeraufträgen an mittelständische Unternehmen“, beispielsweise mit 5 % in der Gesamtwertung der Zuschlagsmatrix, mittelstandsfreundlich auszugestalten.<sup>11</sup>

### 1.2.3 ZUSCHLAGSKRITERIEN

Der wichtigste Vorgang der Ausschreibung ist die Bewertung der Angebote. § 97 Abs. 5 GWB regelt als Grundnorm, dass der Zuschlag nur auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden darf. § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A konkretisiert diese Anforderung wie folgt: „In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lassen. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter

---

<sup>11</sup> Rechtswidrig, diskriminierend hingegen wäre die Forderung, dass der Bieter Aufträge an lokale, mittelständische Subunternehmen vergeben soll.

Berücksichtigung aller Gesichtspunkte wie z.B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität oder technischer Wert als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“

In § 25 Nr. 3 VOL/A heißt es entsprechend: „Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“

Neben dem Preis, können eine Reihe von weiteren Kriterien für die Zuschlagserteilung von Bedeutung sein. Diese dürfen i.d.R. nur dann berücksichtigt werden, wenn der Auftraggeber sie in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt hat.<sup>12</sup> Für das Verhandlungsverfahren gilt diese Regel insoweit nur eingeschränkt, als der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, die Zuschlagskriterien aufgrund der Erkenntnisse, die er infolge der Verhandlungen gewonnen hat, noch zu ergänzen oder zu korrigieren. Er muss die Änderungen dann allerdings den Bietern noch vor der Abgabe des letzten Angebotes mitteilen.

Der Inhalt des Zuschlagskriteriums der „Wirtschaftlichkeit“ ist nicht für jedes Projekt identisch. Der Inhalt dieses Begriffes muss den Bietern mit konkreten Angaben hinsichtlich der Folgekosten, insbesondere auch mit einer Festlegung des Zeitraums der geplanten Nutzung, erläutert werden. Wenn die Erläuterungen fehlen, darf der Auftraggeber den Zuschlag nur auf das preislich günstigste Angebot erteilen. Wenn er hingegen die Wirtschaftlichkeitsprüfung mit verschiedenen Kriterien zuvor angekündigt hat, die Angebote jedoch tatsächlich nur mit dem Angebotspreis bewertet, verletzt er die Bieter in ihren Rechten auf ein transparentes Verfahren.<sup>13</sup>

Für die PPP/PFI-Projekte wird der Barwert aller Zahlungen, die der öffentliche Auftraggeber über den einheitlich festgelegten Vertragszeitraum zu leisten hat, der wichtigste Maßstab für die Beurteilung der Angebote sein. Daneben sind bei Neubauten die Merkmale der Qualität und Funktionalität der angebotenen Planung, ggf. auch das Einfügen in die vorhandene, städtebauliche Struktur sowie der Kürze der garantierten Bauzeit sinnvolle Zuschlagskriterien. Schließlich wird der Umfang der übernommenen Risiken ein zulässiges Zuschlagskriterium sein, wenn der

---

<sup>12</sup> § 10a Satz 2 VOB/A bzw. § 9a VOL/A.

<sup>13</sup> VK Niedersachsen, Beschluss vom 25. Juli 2002 – 203-VgK-11/02; VK Thüringen, Beschluss vom 10. Oktober 2002 – 216-4004.20-042/02-J-S; VK Leipzig, Beschluss vom 9. April 2002 - 1/SVK/021-02.

Auftraggeber die vertragliche Risikostruktur (spätestens) in der Endphase des Verhandlungsverfahrens für alle Bieter gleich vorgegeben hat.

Wenn der Auftraggeber neben dem Preis noch weitere Zuschlagskriterien verwenden will, sind die einzelnen Kriterien zu bewerten und gegenüber den übrigen Kriterien zu gewichten (Bewertungsmatrix). Sowohl die Auswahl der Kriterien als auch deren Gewichtung kann Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein. Allerdings ist dem Auftraggeber hier ein weitgehendes Ermessen eingeräumt, solange der Auswahl- und Gewichtungsvorgang mit vernünftigen Gründen durchgeführt und nachvollziehbar dokumentiert wird. Vergaberechtliche Rechtsprechung existiert, soweit ersichtlich, nur zu der Frage der Gewichtung des Preises.<sup>14</sup> Dieser darf nicht marginalisiert werden und sollte bei bauorientierten Leistungen mit nicht weniger als 40 % an der Gesamtgewichtung bewertet werden.

Nach der bisherigen Rechtsprechung in Deutschland ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die Gewichtung der Kriterien den Bietern mitzuteilen.<sup>15</sup> Angesichts der jüngsten Rechtsprechung des EuGH vom 12. Dezember 2002 wird diese Rechtsauffassung wohl nicht mehr zu halten sein. Danach muss ein Auftraggeber, der eine Gewichtung der zur Anwendung kommenden Eignungs- oder Zuschlagskriterien vorgenommen hat, den Bietern die vorgesehenen Gewichtungen in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen mitteilen.<sup>16</sup>

Für die öffentlichen Auftraggeber empfiehlt es sich schon aus Rechtsschutzgründen, die Gewichtung zu veröffentlichen. Dem liegt folgender Gedanke zugrunde: Wenn ein Bieter Fehler in der Ausschreibung erkennt, muss er diese gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich rügen.<sup>17</sup> Anderenfalls verfällt das Recht des Bieters, den eventuell objektiv vorhandenen Fehler in einem Nachprüfungsverfahren geltend zu machen. Den Fehler einer rechtswidrigen Gewichtung der Zuschlagskriterien kann er jedoch nur dann rügen, wenn der Auftraggeber die Gewichtung bekannt gegeben hat. Wenn der Auftraggeber die Gewichtung frühzeitig, d.h. in der Bekanntmachung oder spätestens in den Verdingungsunterlagen bekannt gibt, hätte der Auftraggeber für den Fall einer unverzüglichen Rüge die Möglichkeit, die geplante Gewichtung

---

<sup>14</sup> VK Leipzig, Beschluss vom 9. April 2002 – 1/SVK/021-02; OLG Dresden, Beschluss vom 5. Januar 2001 – Wverg 0011/00 und Wverg 0012/00.

<sup>15</sup> OLG Stuttgart, Beschluss vom 16. September 2002 – 2 Verg 12/02.

<sup>16</sup> EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2002 – Rs. C-470/99; dem EuGH folgend: VK Hamburg, Beschluss vom 13. Februar 2003 – VgK FB 1/03.

<sup>17</sup> § 107 Abs. 3 GWB.

nochmals zu überdenken und ggf. in diesem frühen Verfahrensstadium ohne großen Zeitverlust zu korrigieren. Für den Fall hingegen, dass der Auftraggeber die Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht veröffentlicht, kann der unterlegene Bieter nach Erhalt der Vorinformation, also in der Endphase der Ausschreibung, den Nachprüfungsantrag stellen und im Nachprüfungsverfahren über die Akteneinsicht auch Kenntnis über die Wertungsmatrix erhalten. Der Bieter könnte jetzt die Rüge der fehlerhaften Gewichtung der Zuschlagskriterien erheben. Falls die Gewichtung tatsächlich fehlerhaft oder auch nur rechtlich problematisch ist, hätte der Auftraggeber ohne Neubeginn der Ausschreibung praktisch keine Möglichkeit mehr zur Korrektur der Gewichtung. Eine frühzeitige Information der Gewichtung verschafft also dem Auftraggeber eine noch rechtzeitige Korrekturmöglichkeit bzw. nimmt dem hierzu schweigenden Bieter den Rechtsschutz.

#### 1.2.4 PROBLEME DER LEISTUNGSBESCHREIBUNG

Die Leistungsbeschreibung für die Errichtung und den Betrieb eines Gebäudes nach dem PPP/PFI-Modell muss insbesondere folgenden Anforderungen genügen:

Der Auftraggeber muss die Leistung in der Leistungsbeschreibung grundsätzlich eindeutig und so erschöpfend beschreiben, dass alle Bewerber „die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen“ und „ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können“, und dass „die Angebote miteinander verglichen werden können“.<sup>18</sup>

Dies könnte bei der Ausschreibung zum privatfinanzierten Bau und Betrieb einer Immobilie deshalb problematisch sein, weil der öffentliche Auftraggeber bewusst keine detaillierte Bauunterlage erstellt, um dem Bieter die Möglichkeit zur Bildung einer Effizienzsteigerung bzw. Kostensenkung durch eine lebenszeitorientierte Bauplanung einzuräumen. § 9 Nr. 10 VOB/A erlaubt gerade diese Ausnahme: „Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, abweichend von Nr. 6 zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung

---

<sup>18</sup> § 9 Nr. 1 VOB/A, § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A.

durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.“ Anzumerken ist, dass die „Abwägung aller Umstände“ aus Rechtsschutzgründen in dem Vergabevermerk sorgfältig dokumentiert werden sollte.

Desweiteren darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.<sup>19</sup>

Die PPP/PFI-Ausschreibung ist ihrem Wesen nach eine Funktionalausschreibung. Diese erfordert für die ausschreibende Behörde höhere Anstrengungen als eine herkömmliche Ausschreibung, der eine detaillierte Ausführungsplanung beigefügt wird. Denn wenn die nachgefragten baulichen Funktionen einschließlich der gewünschten vertraglichen Verpflichtungen für den späteren Betrieb in den Verdingungsunterlagen nicht hinreichend sorgfältig beschrieben wurden, droht nicht nur der rügefähige Fehler, dass die Bieter keine vergleichbaren Angebote erstellen (können), sondern auch der praktische Mangel, dass sich kompetente und leistungsfähige Bieter an der Ausschreibung von vornherein nicht beteiligen.<sup>20</sup>

Bei einem PPP/PFI-Vorhaben im Hochbau könnte dem Bieter angetragen werden, beispielhaft<sup>21</sup> folgende Risiken zu übernehmen:

#### **1. Phase: Planungsrisiken**

- Scheitern des Planungskonzeptes
- mangelnde Planungsqualität
- Änderungen der Planung durch externe Einflüsse, insbesondere durch allgemeine gesetzliche Änderungen
- fehlerhafte Umsetzung der Planung
- Insolvenz des Planungsbüros

---

<sup>19</sup> § 9 Nr. 2 VOB/A bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.

<sup>20</sup> Diese Wirkung ist in der Praxis bei Projekten zu beobachten, bei denen sich die Auftraggeber darauf beschränken, den Bieter die zu sanierenden Gebäude schlicht zu zeigen, und es den Bietern überlassen, sowohl den Sanierungsbedarf festzustellen als auch die erforderlichen Verträge zu erstellen.

<sup>21</sup> Vgl. Jacob/Kochendörfer „Effizienzgewinne bei privatwirtschaftlicher Realisierung von Infrastrukturvorhaben“, 2002, Seite 20.

## **2. Phase: Bau- und Entwicklungsrisiken**

- fehlerhafte Preiskalkulation
- fehlerhafter Zeitplan
- schlechte Qualität
- Nachtragskosten (die nicht durch spätere Änderungswünsche des Auftraggebers bedingt sind)
- höhere Gewalt
- Insolvenz des Bauunternehmens

## **3. Phase: Betriebs- und Unterhaltungskosten**

- Höhere Betriebskosten
- höhere Instandhaltungskosten
- ungenügende Instandhaltung
- Vandalismusrisiko

Verhandelbar, weil anhand der weiteren Umstände des einzelnen Projekts unterschiedlich zu beurteilen, wäre beispielsweise das Risiko der zeitgerechten Genehmigungserteilung oder das Vandalismusrisiko. Hingegen wird vermutlich der öffentliche Auftraggeber eher das Baugrund- und Altlastenrisiko, das Auslastungsrisiko oder das Risiko von gesetzlichen Änderungen, z.B. im öffentlichen Schulrecht, übernehmen.

Ob ein Risikotransfer von der öffentlichen auf die private Seite stattfindet, sollte danach entschieden werden, ob die private Seite das Risiko besser als die öffentliche Seite beherrscht. Falls die private Seite das Risiko nicht oder nur unzureichend beherrschen kann, so z.B. Baugrundrisiken eines für den Bieter fremden und nicht mit einer Baugrunduntersuchung beschriebenen Grundstücks, könnte die in der Leistungsbeschreibung formulierte Pflicht des Bieters zur Übernahme dieses Risikos zu einem „ungewöhnlichen Wagnis“ und damit vergaberechtlich zu einem u.U. unzulässigen Wagnis führen.<sup>22</sup> In jedem Fall wird der öffentliche Auftraggeber für nicht oder nur schwer kalkulierbare Risiken einen hohen Aufschlag bezahlen müssen.

---

<sup>22</sup> § 9 Nr. 2 VOB/A bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.

### 1.2.5 ERGEBNISORIENTIERTE LEISTUNGSVERTRÄGE

Wie einleitend schon dargestellt, schreibt der Auftraggeber bei einem PPP/PFI-Projekt keine Bauleistung anhand einer vorgegebenen Ausführungsplanung aus, sondern eine bauliche Nutzung. Die Leistungsbeschreibung beschränkt sich somit auf die Darstellung des Ergebnisses und verzichtet so weit wie möglich auf die Festlegung des Weges zu diesem Ergebnis. Es wäre ein Stehenbleiben auf halber Strecke, wenn der Auftraggeber diese ergebnisorientierte Leistungsbeschreibung allein auf die nachgefragte bauliche Nutzung beschränken, jedoch die übrigen Service-Verträge ausklammern und stattdessen herkömmlich ausgestalten würde. Sämtliche Leistungen in PPP/PFI-Projekten werden grundsätzlich in ergebnisorientierten Leistungsverträgen („Service-Level Agreements“) vereinbart.

Als ein solcher mit der baulichen Nutzung eng verbundener Service-Vertrag ist zunächst der Reinigungsvertrag zu nennen. Da der Bieter für die bauliche Planung verantwortlich ist, trägt er mittelbar auch Verantwortung für die später aufzuwendenden Reinigungskosten. Es ist also unter der Zielrichtung der Verantwortung für die Lebenszeitkosten eines Gebäudes durchaus sinnvoll, dem für die bauliche Nutzung verantwortlichen Bieter auch die Reinigung des Gebäudes aufzuerlegen. Als weitere gebäudebezogene Verträge sind – wie bei kommerziellen Büro-Centern heute schon üblich – Serviceverträge über die IT-Installation, sonstige Bürotechnik (Kopierer), über die Telefonzentrale, die Gebäudesicherheit, die Verpflegung (Catering, Betriebskantine) und vieles mehr zu nennen. Der Nutzer könnte sich auf seine Kernaufgabe, beispielsweise bei Schulen auf die Organisation und die Gestaltung des Schulunterrichtes konzentrieren.

Der ergebnisorientierte Leistungsvertrag unterscheidet sich von einem herkömmlichen Leistungsvertrag durch den Verzicht auf die Festlegung des technischen und zeitlichen Ablaufes der Leistungserbringung und durch die Beschränkung auf die Vereinbarung eines Ergebnisses der nachgefragten Leistung. Für Reinigungsverträge ist danach ausreichend, wenn – je nach Art der Fläche und der unterschiedlichen Nutzung – vorgegeben wird, dass das Gebäude „sauber“ sein soll und dies durch eine regelmäßige Nutzerabfrage kontrolliert wird. Damit erhält der Auftragnehmer die Möglichkeit, ohne Bindung an eine bestimmte Reinigungsmethode den Reinigungsablauf nach eigenen Vorstellungen zu optimieren.

Dem steht nicht entgegen, dass der Begriff „sauber“ – abhängig von der jeweiligen subjektiven Wahrnehmung - unterschiedlich definiert wird und deshalb – zumindest bei den üblichen Verwaltungs- und Schulgebäuden – kein nachprüfbares Leistungsziel sein kann. Der Dissens über die Erfüllung des Vertrages wäre damit vorprogrammiert. In der Tat fehlen heute in vielen Vertragsmustern für Dienstleistungsverträge Formulierungen über das nachgefragte Ergebnis. Wie aber wird der Service einer Telefonvermittlung beschrieben, wenn sowohl die Technik der Telefonzentrale als auch die Anzahl der in der Telefonzentrale tätigen Personen nicht festgelegt wird? Wie wird eine – aus Mietersicht – „gute Instandhaltung des Mietobjektes“ definiert? Wie wird das Ergebnis „gute Verpflegung“ definiert? Eine Telefonvermittlungsleistung z.B. zeichnet sich durch vorgegebene Standardformulierungen und durch eine (messbare) Geschwindigkeit zwischen Eingang des Anrufes und erfolgter Vermittlung aus. Und die gute Instandhaltung der Mietsache würde sich dementsprechend durch verbindlich vereinbarte Geschwindigkeiten für die Erledigung bestimmter Tätigkeiten unterschiedlicher Dringlichkeit auszeichnen (z.B. Heizungsreparatur im Winter binnen 4 Stunden, hingegen defekte Zimmertüren binnen 5 Tagen).

Für eine Anzahl von Leistungen werden hingegen diese äußerlich nachprüfaren Kriterien wie Geschwindigkeit fehlen oder kaum praxisnah nachprüfbar sein, so bspw. bei der Frage, ob ein Büroraum (ununterbrochen) „sauber“ ist, oder ob ein Essen „gut“ ist.

Ergebnisorientierte Leistungsverträge fangen diese Defizite durch Vereinbarung eines Verfahrens auf, bei dem die Parteien sich regelmäßig treffen, um die Qualität der erbrachten Leistungen zu besprechen. Diese gemeinsamen Sitzungen mögen in der Anfangsphase alle 14 Tage stattfinden, später vielleicht seltener. Der Auftraggeber wird mit dem Auftragnehmer bei diesen Sitzungen über Defizite wie auch positive Merkmale sprechen und auf eine Abhilfe bei Defiziten drängen können. Er wird seine Vorstellungen durch Befragung einer vertraglich vereinbarten Personengruppe mittels vorformulierter Fragebögen belegen können. Die Auswertung der Fragebögen kann mit differenzierten Endbeurteilungen von „sehr schlecht“ bis „sehr gut“ erfolgen. Damit diese Beurteilungen eine gewisse Schärfe entwickeln, wird der Auftraggeber vertraglich ermächtigt, den Beurteilungen entsprechend Bonus- und Maluspunkte zu verteilen, die in einem bestimmten

Korridor (z.B. plus/minus 10 Prozent) zu einer Erhöhung bzw. Senkung des Entgelts des Auftragnehmers führen.

Kritiker könnten einwenden, dass es ein untragbares Risiko für Auftragnehmer sei, mit einem derart subjektiven Verfahren konfrontiert zu sein, weil es keine sichere Entgeltkalkulation erlaube. Dem ist zu entgegnen, dass in der privaten Wirtschaft derzeit solche Verträge bereits praxiserprobt sind. Notorisch nörgelnde Auftraggeber, die allein ihre Kosten senken wollen, sind zwar ein theoretisches Risiko, jedoch tatsächlich praxisfremd. Im öffentlichen Sektor sind heute Bonus-/Malusregelungen mit finanzieller Auswirkung auch schon bei Verkehrsverträgen für Bus- und Schienenverkehrsleistungen üblich.

Insoweit ist, obwohl eine gefestigte vergaberechtliche Rechtsprechung hierzu noch fehlt, davon auszugehen, dass ergebnisorientierte Leistungsverträge mit Vereinbarungen zu gemeinsamen Konsultationen und mit finanzwirksamen Bonus-/Malusregelungen dem Bieter kein „ungewöhnliches Wagnis“ aufbürden. Sie sind somit vergaberechtlich zulässig.

#### 1.2.6 ZEITPLAN

Das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung kennt nur eine zwingend einzuhaltende Frist. Dies ist die Bewerbungsfrist, die vom Tage der Absendung der Bekanntmachung an das EU-Amtsblatt beginnt und mindestens 37 Kalendertage dauert. Die Bieter haben binnen dieser Frist ihre Bewerbung einzureichen. In den Fällen besonderer Dringlichkeit kann die Frist auf bis zu 15 Tage verkürzt werden.<sup>23</sup>

Weitere Fristen, insbesondere für die nachfolgende Angebotserstellung, setzt weder die VOB/A noch die VOL/A fest. Es ist zu beachten, dass eine zu kurze Bemessung gegen das allgemeine Gebot der Durchführung der Vergabe in einem wettbewerblichen und transparenten Verfahren gemäß § 97 Abs. 1 GWB verstoßen und zur Aufhebung von Ausschreibungen führen kann. Hinzuweisen ist deshalb auf die Möglichkeit, dass Bieter die Angemessenheit von Verfahrensfristen auch dann überprüfen lassen können, wenn gesetzliche Regelfristen nicht vorgegeben sind.

---

<sup>23</sup> § 18a Nr. 3 i.V.m. Nr. 2 Abs. 1 VOB/A bzw. § 18a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A.

Insbesondere dann, wenn potentielle Bieter bereits im Rahmen einer Markterkundung vor der Einleitung des Vergabeverfahrens angesprochen wurden und dadurch Informationen über das Projekt erhalten haben, sollten die Fristen in dem eigentlichen Vergabeverfahren eher großzügig bemessen sein.

Entgegen dem üblichen Wunsch der öffentlichen Auftraggeber nach einem schnellen Vergabeverfahren mit möglichst kurzen Fristen ist zu empfehlen, die Frist für die Angebotserstellung eher großzügig als knapp zu bemessen.<sup>24</sup> Die Zahl der Unternehmen in Deutschland, die Erfahrungen mit PPP/PFI-Projekten insbesondere im Ausland haben und deshalb Angebote für derartige Ausschreibungen schnell kalkulieren können, gilt als äußerst gering. Auftraggeber, die einen wirklichen Wettbewerb sowie transparente Angebote wünschen, müssen auch den Bietergemeinschaften die erforderliche Zeit lassen, um sich die geeigneten Vertragspartner zu suchen, die interne Struktur zu finden und anschließend die bisher untypischen Risiken einzuschätzen und zu kalkulieren. Realistische Zeiträume für die Angebotserstellung sind 8, in besonders komplizierten Verfahren auch 12 Wochen.

### 1.2.7 VERFAHRENSKOSTEN

Die Ausschreibung von PPP/PFI-Modellen ist komplexer als herkömmliche Ausschreibungen, weshalb die öffentlichen Auftraggeber in aller Regel für deren Vorbereitung und Durchführung externes ökonomisches, technisches und juristisches Fachwissen einkaufen müssen. Es liegt angesichts der knappen öffentlichen Haushalte der Gedanke auf der Hand, den Auftragnehmer zur Übernahme, d.h. zur Vorfinanzierung dieser Kosten zu verpflichten. Dieses in der Praxis immer wieder zu beobachtende Vorgehen kann jedoch zur Aufhebung der Ausschreibung führen. Die Auferlegung der Zahlungsverpflichtung für die Beratungsleistungen auf den Auftragnehmer ist unzulässig, weil diese Verpflichtungen originär solche des Auftraggebers sind. Es ist vergabefremd und rechtswidrig, wenn ein Bieter im

---

<sup>24</sup> VK Bund, Beschluss vom 31. Mai 2002 – VK 2 20/02: Ein Bieter ist in seinen Rechten verletzt, wenn er im Teilnahmewettbewerb ausgeschieden ist und geltend machen kann, aufgrund der unzulässigen Verkürzung der Frist im Teilnahmewettbewerb nicht in der Lage gewesen zu sein, einen aussichtsreichen Teilnahmeantrag zu formulieren.

Rahmen einer öffentlichen Beschaffung neben seiner eigentlichen Leistungspflicht zusätzlich zur Übernahme einer fremden Schuld verpflichtet werden soll.<sup>25</sup>

### 1.3 BESTIMMUNG DER AM VERGABEVERFAHREN BETEILIGTEN PERSONEN

„Voreingenommene“ Personen dürfen gemäß § 16 VgV nicht an dem Vergabeverfahren teilnehmen. Spätestens zu Beginn des Verfahrens, dies ist die Versendung der Bekanntmachung, sollte der Auftraggeber eine vollständige Liste der Personen bis hin zur Verwaltungsleitung erstellen, die auf Auftraggeberseite an dem Vergabeverfahren beteiligt sind bzw. künftig beteiligt sein werden. Jede am Verfahren beteiligte Person sollte eine Belehrung über die Befangenheitsregelung des § 16 VgV erhalten und schriftlich erklären, dass sie gemäß dieser Regelung am Verfahren teilnehmen darf. Anderenfalls muss sie von der Mitwirkung am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Ein im Sinne von § 16 VgV voreingenommener Amtsleiter hat ggf. einen Stellvertreter mit der Wahrnehmung seiner Aufgaben in dem Verfahren zu beauftragen. Die Frage der möglichen Befangenheit ist laufend im Verfahren zu prüfen und zu dokumentieren. Die unterlassene Dokumentation der Befangenheitsprüfung war bereits Gegenstand eines erfolgreichen Nachprüfungsverfahrens.<sup>26</sup>

Darüber hinaus ist zu prüfen und zu entscheiden, ob ggf. Projektanten, die im Vorfeld des Vergabeverfahrens planerische Leistungen oder gar die Erstellung der Leistungsbeschreibung übernommen haben, als Bieter zugelassen werden dürfen. Hier würde die Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen allein nicht genügen, um dieses in der Form vorbefasste Unternehmen von der Vergabe auszuschließen. Erforderlich wäre vielmehr ein nachweisbarer Wissensvorsprung, der eine günstigere Kalkulation des Projektanten erlaubt.<sup>27</sup> In jedem Fall ist die Zulässigkeit der Teilnahme eines ehemaligen Projektanten am Vergabeverfahren als Bewerber sorgfältig zu prüfen.

---

<sup>25</sup> VK Köln, Beschluss vom 11. Dezember 2001 – VK 20/01.

<sup>26</sup> VK Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2002 – VK 22/2002.

<sup>27</sup> VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 6. Mai 2002 – 1 VK 18/02; vgl. auch OLG Koblenz, Beschluss vom 5. September 2002 – 1 Verg 2/02: die Mitwirkung einer tatsächlich befangenen Person bei der Vorbereitung Vergabeverfahrens (Erstellung der Verdingungsunterlagen) bildet keinen Verstoß gegen § 16 VgV, weil das Vergabeverfahren erst mit der Veröffentlichung beginne.

## 2. DURCHFÜHRUNG DES VERGABEVERFAHRENS

### 2.1 VERGABEBEKANNTMACHUNG

Der Auftraggeber hat für die Bekanntmachung der Ausschreibung die neu gefassten und ab dem 1. Mai 2002 zwingend vorgeschriebenen Bekanntmachungsmuster zu verwenden.<sup>28</sup> Wesentlicher Inhalt dieser Bekanntmachung ist neben den Angaben zum Auftraggeber und einer Kurzbeschreibung der ausgeschriebenen Leistung die Angabe der Nachweise, die der Bieter für die Beurteilung seiner Eignung mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen hat. Der Auftraggeber hat nachträglich keine Möglichkeit, weitere als die hier veröffentlichten Eignungsnachweise zu verlangen. Schließlich hat der Auftraggeber entweder die konkrete Anzahl oder die Mindest- und Höchstzahl der Bieter mitzuteilen, die er nach dem Teilnahmewettbewerb zur Abgabe eines Angebotes auffordern will.<sup>29</sup>

Wenn eine hinreichende Anzahl geeigneter Bewerber vorliegt, darf die Zahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen „nicht unter drei liegen“.<sup>30</sup> Es empfiehlt sich, die Anzahl der Bieter auch in der Relation zu dem Auftragswert zu bestimmen. Wenn der Auftragswert für PPP/PFI-Projekte verhältnismäßig klein ist, so etwa bei Unterschreiten der € 25 Mio. – Schwelle (für den investiven Teil), empfiehlt es sich, eher nur die Mindestzahl, maximal aber fünf Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern.

### 2.2 TEILNAHMEWETTBEWERB

Der Auftraggeber hat die Eignung, das heißt die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter zu prüfen. Bei einer Leistung, die sich sowohl aus Planungsleistungen, Finanzierungsleistungen, Bauleistungen, Facility-Management- und ggf. noch weiteren Dienstleistungen zusammensetzt, wird allerdings kaum ein Bieter diese Leistungen komplett aus eigener Hand erbringen können. Er wird folglich die Leistungen entweder durch Subunternehmer erbringen lassen oder eine

---

<sup>28</sup> Zu beziehen über die SIMAP-Internetseite: [www.simap.eu.int/DE/pub/src/welcome.htm](http://www.simap.eu.int/DE/pub/src/welcome.htm).

<sup>29</sup> Vgl. Absatz IV.1.4) des neuen Musters „Vergabebekanntmachung“.

<sup>30</sup> § 8a Nr. 3 VOB/A; bei Dienstleistungsausschreibungen gilt diese Regel formal nur für Ausschreibungen im nicht offenen Verfahren, § 7 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A, für das Verhandlungsverfahren jedoch entsprechen.

Bietergemeinschaft bilden müssen. Die Mischung der Leistungen bei PPP/PFI-Projekten erfordert eine Abkehr von herkömmlichen Prüfungsschemata, weil kein Bieter die „überwiegende Leistung“ im eigenen Betrieb erbringen wird. Wer beispielsweise geeigneter Anbieter einer privatgeplanten, errichteten, finanzierten und betriebenen Justizvollzugsanstalt sein kann, ist völlig offen. Dies können sowohl Baufirmen als auch Finanzinstitute als auch reine Dienstleister sein, die sich auf die komplexe Leistung des baulichen, technischen und kaufmännischen Betriebes eines Gefängnisses spezialisiert haben. Die jeweils fehlenden Leistungen wären durch Partner oder Subunternehmer zu erbringen.

Es muss gesehen werden, dass ein sich bewerbendes Dienstleistungsunternehmen nach deutscher Terminologie hinsichtlich der Erbringung der Bauleistung als Generalübernehmer zu qualifizieren ist. Nach der in Deutschland überwiegender Rechtsprechung wäre ein solcher Generalübernehmer hier mangels Erbringung der „wesentlichen Leistungen (= Bauleistungen) im eigenen Betrieb“ nicht geeignet und deshalb vom Verfahren auszuschließen.<sup>31</sup> Dies ist vom Europäischen Gerichtshof als rechtswidrig entschieden worden.<sup>32</sup> Keine Firma darf vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, nur weil sie Mittel zur Erfüllung des Vertrages einzusetzen beabsichtigt, die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören.

In aller Regel werden komplexe Leistungen wie der vorliegenden Art über eine Projektgesellschaft angeboten, welche von den Bietern für den Auftragsfall gegründet und welche die erforderliche Leistungserbringung organisiert. In diesem Fall wird der Auftraggeber mit größter Sorgfalt prüfen müssen, wie die Rechtsbeziehungen der Bieter untereinander und gegenüber der Projektgesellschaft ausgestaltet sind. Da die Projektgesellschaft zunächst nur eine leere Rechtshülle ist, muss der Auftraggeber die Eignung der Unternehmen prüfen, die hinter der Projektgesellschaft stehen und im Auftragsfall Subunternehmer der Projektgesellschaft sein werden. Auf die Frage, ob die eigentlich leistenden Unternehmen auch Gesellschafter der Projektgesellschaft sind, und in welchem Umfang die Projektgesellschaft kapitalisiert ist, kommt es hingegen nicht an. Als Gesellschafter haften

---

<sup>31</sup> VK Bund, Beschluss vom 10. Juli 2002 – VK 2-24/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Mai 2001 – Verg 10/00; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Mai 2000 – Verg 1/99, NZBau 2001, S. 101 (104); OLG Bremen, Beschluss vom 06. April 2001 – Verg 1/00; VÜA Brandenburg, Beschluss vom 16. Dezember 1996 – 1 VÜA 17/96; Prieß/Hausmann in Motzke / Pietzker / Prieß „VOB - Teil A“, 1. Aufl. 2001, § 8 Rn. 48 m.w.N..

<sup>32</sup> EuGH, Urteil vom 02.12.1999 – Rs. C-176/98 (Host Italia SpA/Commune di Cagliari).

die Unternehmen nur mit ihrer Kapitaleinlage. Dieser Betrag wird in aller Regel nicht ausreichen, um die Kostenrisiken einer nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung abzudecken. Die Forderung eine Kapitalisierung der Projektgesellschaft, die zum Ausschluss jeglicher Risiken führen würde, würde dagegen zur Unwirtschaftlichkeit des privaten Angebotes führen.

Die Frage der Eignung einer Projektgesellschaft als zulässige Bieterin kann ein Auftraggeber folglich nur anhand des Konsortialvertrages prüfen, den die hinter der Projektgesellschaft stehenden Bieter abschließen. Der Konsortialvertrag und die ergänzenden internen Leistungsverträge machen die Projektgesellschaft leistungsfähig und verteilen zwischen den Bietern die Projektrisiken. Der Auftraggeber wird sorgfältig zu beurteilen haben, welches Unternehmen die größte Sicherheit für die ordnungsgemäße Erfüllung der Leistungen über den gesamten Vertragszeitraum bieten kann, und ob dieses Unternehmen uneingeschränkt für die Vertragserfüllung auch der übrigen Bieter haftet.

Auf eine einfache Formel gebracht wird die Qualität des Bieterkonsortiums in aller Regel durch die finanzierende Bank bestimmt. Diese wird das Bauwerk vorfinanzieren und bis zur Tilgung des Kredites – meist laufzeitgleich mit der Projektdauer – in der Haftung bleiben. Die Bank wird deshalb größte Sorgfalt auf die Auswahl der Leistungserbringer legen, da der Auftraggeber im Fall einer Schlechterfüllung Zurückbehaltungsrechte bis hin zu Kündigungsrechten geltend machen und so die Rückführung des Bankkredites gefährden kann.

### **2.3    EINHOLUNG VON ANGEBOTEN**

Die ausgesuchten Bewerber werden über die Auswahl informiert und erhalten die Aufforderung, die für die Vervielfältigung und Versendung der Verdingungsunterlagen anfallenden Kosten vorab zu bezahlen. Nach Eingang der Summe sind die Unterlagen zu versenden.

Es empfiehlt sich, neben dieser Versendung der Verdingungsunterlagen eine Bieterkonferenz zu organisieren. Bei dieser Bieterkonferenz kann der Auftraggeber auf Fragen der Bieter reagieren und seine Antworten zur sofortigen Kenntnis für alle übrigen Bieter mitteilen. Weiterhin ist eine vom Auftraggeber organisierte Ortsbesichtigung sinnvoll.

Die Bieter werden aufgefordert, ein Angebot anhand der vorhandenen Unterlagen, bestehend aus dem Grundstücksüberlassungsvertrag (Pacht, Erbbaurecht, Nießbrauch oder seltener Verkauf mit Rückkaufsoption), einem Mietvertrag mit Raumbuch und verschiedenen Dienstleistungsverträgen, abzugeben. Der Bieter hat die vom Auftraggeber zu leistenden Zahlungen in einer Tabelle zeitlich aufzulisten, mit einem vorgegebenen Abzinsungsfaktor auf den Barwert zum Zeitpunkt der geplanten Zuschlagserteilung abzuzinsen und schließlich die Barwerte zu addieren.<sup>33</sup> Weiterhin sollen die Bieter ihre Vorstellungen darlegen, wie sie das Gebäude errichten, finanzieren und betreiben wollen. Diese Angaben sollen in dieser ersten Angebotsrunde den Detaillierungsgrad einer Grundlagenermittlung i.S.v. § 15 Leistungsphase 1 HOAI nicht überschreiten. Sie sollen in dieser Verhandlungsrunde – dies sollte der Auftraggeber ausdrücklich erklären – nicht den Umfang einer Leistung erreichen, die zu einer Entschädigungspflicht des Auftraggebers für die erhaltenen Unterlagen führen würde.<sup>34</sup>

Schließlich sollte der Auftraggeber durch Vorgabe eines Musters die Bieter standardmäßig auffordern, die Berechnungsgrundlage der einzelnen Leistungen ihres Angebotes offenzulegen, um für den Fall einer vorzeitigen Vertragsbeendigung eine transparente Kalkulationsgrundlage für den dann erforderlichen finanziellen Ausgleich zu haben.

#### 2.4 VERHANDLUNGEN IN MEHREREN RUNDEN

Der Auftraggeber prüft die in der ersten Runde abgegebenen Angebote anhand der genannten Preise und nach der Qualität der angebotenen Leistungen. Nach einer persönlichen Aufklärungsrunde mit den einzelnen Bietern wählt er wenige, vielleicht nur drei oder auch nur zwei Bieter aus und fordert diese auf, ihr Angebot ggf. zu modifizieren und mit dem Detaillierungsgrad einer Vorplanung entsprechend § 15

---

<sup>33</sup> Auf die Barwertermittlung kann verzichtet werden, wenn die Zahlungsströme für alle Bieter gleich festgelegt sind (z.B. in Annuitäten jeweils zum Jahresende), und wenn nur beabsichtigt ist, die Angebote miteinander zu vergleichen. In diesem Fall wäre der Vergleich der Angebote als Summe der Nominalwerte identisch mit dem Vergleich der jeweiligen Barwerte. Für den Vergleich mit der Eigenerstellungsvariante der öffentlichen Hand (Public Sector Comparator) hat die Barwertermittlung jedoch durchaus Bedeutung, weil die internen Zahlungsströme des Auftraggebers von den vertraglich geplanten Zahlungen an das private Unternehmen zeitlich und betragsmäßig durchaus abweichen.

<sup>34</sup> § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A bzw. § 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A.

Leistungsphase 2 HOAI zu komplettieren. Diese Leistung ist durch den Auftraggeber zu entschädigen. Der Auftraggeber sollte in den Verdingungsunterlagen die Höhe der Entschädigung vorab festsetzen.<sup>35</sup> Der Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, wird keine Entschädigung erhalten, da er für diese erste Planungsleistung mit dem späteren Entgelt bezahlt wird.

Der Auftraggeber verhandelt in einer zweiten (bzw. letzten) Verhandlungsrunde mit den letzten Bietern deren Leistungen bis zur Vertragsreife.<sup>36</sup>

Keinesfalls sollte der Auftraggeber die Verhandlungen nur mit einem Bieter bis zur Unterschriftsreife führen, sondern aus eigenem Interesse heraus zumindest diese Verhandlungen noch mit zwei Bietern führen. Ihm könnte ansonsten auch der Vorwurf des Unterlassens eines wettbewerblichen Verfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB) gemacht werden, das in jedem Fall mehrere Bieter erfordert. Weiterhin ist nie ausgeschlossen, dass die Verhandlungen mit dem anfänglich besten Bieter in der letzten Minute ins Stocken geraten, zumal davon auszugehen ist, dass er seinen Vorteil dann auch zu nutzen weiß. Schließlich würde der spätere Neubeginn der Verhandlungen mit dem zweitbesten Bieter zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen führen.

## 2.5 VORINFORMATIONEN UND ZUSCHLAGSERTEILUNG

Der Auftraggeber hat gemäß § 13 VgV mindestens 14 Kalendertage vor der geplanten Zuschlagserteilung die unterlegenen Bieter über die Tatsache, dass ihr Angebot nicht angenommen wird, über den Namen des ausgesuchten Bieters und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes zu informieren. Die Informationen über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung sollten nicht formelhaft knapp sein, sondern in einem dem Aufwand des Bieters für die Angebotserstellung angemessenen Umfang erfolgen. In jedem Fall

---

<sup>35</sup> Die Höhe der Entschädigung entspricht nicht dem nach den Regeln der HOAI zu ermittelnden Honorar. Die Entschädigung soll nur den Aufwand ersetzen. Mithin ist aus dem nach der HOAI errechneten Honorar unter Zuhilfenahme der Regeln des Preisrechts der Gewinnanteil herauszurechnen.

<sup>36</sup> Die Fragen und Antworten der Bewerber in den Verhandlungen müssen protokolliert und im Vergabevermerk dokumentiert werden. Ein Verstoß gegen diese Regel verletzt die Bieter in ihren Rechten, so VK Nordbayern, Beschluss vom 7. Juni 2002 – 320.VK-3194-15/02.

muss der Bieter die tatsächlichen, nachvollziehbaren Gründe für die Nichtberücksichtigung erfahren.

Die 14-Tages-Frist beginnt mit der Absendung der Vorinformation an die Bieter.<sup>37</sup> Es empfiehlt sich, die Information per Telefax den Bietern zuzusenden und um eine sofortige, schriftliche Bestätigung auch per Telefax zu bitten. Für den Fall, dass diese Bestätigung nicht erteilt wird, sollte sich der Auftraggeber telefonisch mit diesem Bieter in Verbindung setzen und für eine wirksame und nachgewiesene Zustellung der Vorinformation Sorge tragen. Nach der neugefassten Fassung des § 13 VgV ist es vorgeschrieben, die Vorinformation schriftlich („in Textform“) zu übermitteln.

Der Auftrag kann rechtswirksam nach Ablauf der 14-Tages-Frist erteilt werden, sofern kein Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer eingereicht und von dieser dem Auftraggeber zugestellt wurde. Der Vertrag muss nicht nur zivilrechtlich in der erforderlichen Form abgeschlossen werden, so z.B. für den Fall des Abschlusses eines Kaufvertrages über das Grundstück oder eines Erbbaurechtsvertrages durch notarielle Beurkundung aller Verträge. Die Zuschlagserteilung muss auch durch die Person erfolgen, die die Körperschaft, z.B. nach dem Kommunalverfassungsrecht, wirksam vertreten kann.

## 2.6 VERGABEVERMERK UND BEHANDLUNGEN VON RÜGEN

Es ist von nicht zu unterschätzender Bedeutung, dass der Auftraggeber einen umfangreichen Vergabevermerk erstellt, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgeblichen Feststellungen und die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält.<sup>38</sup> Der Vergabevermerk ist laufend auf dem aktuellen Stand zu halten. Er darf also nicht erst nach Abschluss des Verfahrens zusammengestellt werden, zumal die Vergabekammer für den Fall eines Nachprüfungsverfahrens ohne Einräumung einer Frist die umgehende Zusendung der Vergabeakte des Auftraggebers verlangen

---

<sup>37</sup> So ausdrücklich die neue, ab dem 12. Februar 2002 geltende Fassung des § 13 VgV: „Die Frist beginnt am Tage der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an.“

<sup>38</sup> § 30 VOB/A bzw. § 30 VOL/A.

kann.<sup>39</sup> Es ist als Erfahrungswert zu sehen, dass die Vergabekammern etwa ein Viertel aller Beschlüsse, die zu Lasten des Auftraggebers ergehen, auch mit einer unvollständigen Dokumentation des Vergabeverfahrens begründen.

Schließlich sollten Rügen, die gelegentlich auch in Form von (kritischen) Fragen formuliert werden, allein schon aus präventiven Gründen sorgfältig beantwortet werden. Dies gilt auch, wenn aus der Sicht des Auftraggebers querulatorisch oder gar mit offensichtlicher Störungsabsicht Rügen vorgetragen werden. Denn für den Fall einer kurzen, aus allgemeiner Sicht eigentlich ausreichenden Beantwortung droht das Risiko, dass gerade diese Rüge in einem späteren Nachprüfungsverfahren zum Erfolg führen kann. Antworten an Bieter auf deren Fragen oder Rügen müssen in anonymisierter Form gleichzeitig auch an die übrigen Bieter verschickt werden.

## 2.7 AUFHEBUNG DER AUSSCHREIBUNG

Die Aufhebung einer Ausschreibung darf nur erfolgen, wenn einer der in § 26 Nr. 1 VOB/A bzw. § 26 Nr. 1 oder Nr. 2 VOL/A aufgelisteten Tatbestände erfüllt ist. Demnach darf eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn a) kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, b) die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen, oder c) andere schwerwiegende Gründe vorliegen.

Der Tatbestand der Notwendigkeit einer grundlegenden Änderung der Verdingungsunterlagen kann sich gerade auch aus den Erkenntnissen ergeben, die der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren aus den Gesprächen mit den Bietern gewonnen hat. Wenn also die Verhandlungen ergeben, dass der Auftraggeber die Leistung grundsätzlich anders strukturiert in die Ausschreibung geben soll, als die im laufenden Verfahren geschehen ist, ist er berechtigt und für den Fall einer geplanten wesentlichen Änderung auch verpflichtet, die Ausschreibung aufzuheben und mit der anschließend überarbeiteten Leistungsbeschreibung neu zu beginnen. Gleiches gilt, wenn die Ausschreibung ergeben hat, dass kein privater Bieter die Leistung so günstig wie die öffentliche Hand im Fall der Eigenerstellung anbieten kann.

---

<sup>39</sup> VK Hessen, Beschluss vom 29. Mai 2002 – 69d VK 15/2002: Eine Nachholung der versäumten Dokumentation, etwa im Nachprüfungsverfahren, ist nicht möglich.

Allerdings darf nach der neueren Rechtsprechung, ausgelöst durch das Urteil des EuGH vom 18. Juni 2002<sup>40</sup>, die Aufhebung nicht mehr als „Fluchttor“ bei ungewollten Vergaben angesehen werden. Nach tendenziell überwiegender Rechtsprechung ist die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, ein Vergabeverfahren aufzuheben, in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren überprüfbar.<sup>41</sup> Die Frage der Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung ist jedoch vom OLG Dresden mit Beschluss vom 3. Dezember 2002 dem Bundesgerichtshof vorgelegt worden und war bei Redaktionsschluss von diesem noch nicht entschieden.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> EuGH, Urteil vom 18. Juni 2002 – Rs. C 92/00.

<sup>41</sup> OLG Hamburg, Beschluss vom 4. November 2002 - 1 Verg 3/02.

<sup>42</sup> OLG Dresden, Beschluss vom 3. Dezember 2002 – Az. Wverg 0015/02.

### 3. EINZELNE RECHTLICHE ASPEKTE

#### 3.1 ANWENDBARKEIT DES VERGABERECHTS

Die Ausschreibungspflicht eines Auftrages zur Errichtung oder Sanierung und zum anschließenden, langfristigen Betrieb eines Verwaltungsgebäudes ist nach den Regeln des Vierten Abschnitts des GWB<sup>43</sup>, auch Kartellvergaberecht genannt, zu prüfen.<sup>44</sup>

Ein Auftrag ist danach europaweit ausschreibungspflichtig, wenn

- a) der Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber ist (§ 98 GWB),
- b) der Auftrag ein öffentlicher Auftrag ist (§ 99 GWB),
- c) der Auftragswert den einschlägigen Schwellenwert erreicht oder übersteigt (§ 100 Abs. 1 GWB, und
- d) kein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, der die Nichtanwendung der Vergabevorschriften erlaubt (§ 100 Abs. 2 GWB).

##### 3.1.1 ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 GWB. Soweit kommunale Gesellschaften, beispielsweise kommunale Immobiliengesellschaften, Hochbauten im Wege eines PPP/PFI-Modells errichten oder sanieren wollen, ist zu prüfen, ob

---

<sup>43</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2002 (BGBl. I 2850).

<sup>44</sup> Die Gemeinden müssen unabhängig von den Regelungen im GWB auch nach § 31 GemHVO i.V.m. mit den durch die im Runderlass des Innenministeriums vom 15. Juni 1993 (SMBL. NRW 6300) festgehaltenen Vergabegrundsätzen vor der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung durchführen. Dieses im Haushaltsrecht normierte Ausschreibungsrecht ist nicht nur in vielen Details weniger streng als das Kartellvergaberecht. Es mangelt ihm insbesondere an einer effektiven Ausgestaltung des Rechtsschutzes. Da die für die Anwendung des Kartellvergaberechts einschlägigen Schwellenwerte bei PPP/PFI-Projekten in aller Regel überschritten sind, wird in dieser Untersuchung nur auf die Anforderungen nach dem Kartellvergaberecht eingegangen.

- deren Geschäftstätigkeit nach ihrem Grundstatut oder aufgrund anderer Vorgaben gemeinwohlorientiert (nicht gemeinnützig) ist, und
- sie von der öffentlichen Hand beherrscht oder überwiegend finanziert werden. In diesem Fall müssten sie als öffentliche Auftraggeber qualifiziert werden, § 98 Nr. 2 GWB sind.

Die Absicht der Gewinnerzielung steht dem nicht entgegen. Andere kommunale Gesellschaften, so insbesondere Stadtwerke oder kommunale Verkehrsbetriebe, sind darüber hinaus auch aufgrund ihrer Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB.<sup>45</sup>

### 3.1.2 ÖFFENTLICHER AUFTRAG

Ein Auftrag nur zur Errichtung eines Gebäudes gilt unproblematisch als öffentlicher Auftrag, d.h. als Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB. Fraglich ist jedoch, ob und welcher Typ von öffentlichem Auftrag über den Abschluss eines bei PPP/PFI-Projekten im Hochbau üblichen Mietvertrages mit Bau- oder Sanierungsverpflichtung ist.

Mietet der Auftraggeber ein bereits vorhandenes und von dem Vermieter in wesentlichen Teilen nicht mehr zu sanierendes Gebäude, ist dieser Vertrag gemäß § 100 Abs. 2 lit. h) GWB von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen.

Anders ist der – für PPP/PFI-Modelle typische – Fall zu beurteilen, dass der öffentliche Auftraggeber dem privaten Investor das unbebaute Grundstück stellt und ihm vorgibt, welche baulichen Nutzungen er als künftiger Mieter wünscht. In diesen Fällen würde er eine Bauleistung nachfragen und einen öffentlichen Auftrag vergeben (§ 99 Abs. 3 GWB). Gleiches gilt, wenn Bestandsgebäude dem Investor übertragen werden, der öffentliche Auftraggeber diese zurückmietet, und die

---

<sup>45</sup> Anzumerken ist, dass öffentliche Auftraggeber, die als solche sowohl nach § 98 Nr. 2 GWB als auch nach § 98 Nr. 4 GWB qualifiziert werden, die für Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB geltenden, strengeren Regeln zu beachten haben.

Vorgaben an den Investor konkrete, gegenwärtige oder spätere Sanierungs- oder Erweiterungsarbeiten an dem Gebäude beinhalten.

Gemäß § 99 Abs. 3 GWB gelten die Verträge, die die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder Bauwerks zum Gegenstand haben, als Bauaufträge.

Abweichend zu der Regelung in § 99 Abs. 2 GWB über die Beschaffung von Waren hat der Gesetzgeber die Frage, wie die Bauleistung nach der Fertigstellung dem öffentlichen Auftraggeber zugute kommen soll, ob sie also zwingend schon anfänglich oder möglicherweise auch erst nachträglich (nach Erstellung oder noch später nach einer Nutzungsphase) in das Eigentum des Auftraggebers übergehen muss oder nicht, in § 99 Abs. 3 GWB nicht geregelt.

Denkbar ist also, dass der Auftragnehmer das Gebäude

- a) auf dem Grundstück des Auftragnehmers errichtet und der Übergang der Bauleistung in das Eigentum des Auftraggebers sachenrechtlich ohne weitere Vereinbarung erfolgt,
- b) auf seinem eigenem Grundstück baut und anschließend das Eigentum an dem Grundstück mit dem Gebäude auf den Auftraggeber überträgt, oder
- c) auf eigenem Grundstück (oder dem Grundstück eines Dritten) errichtet, und dem Auftraggeber nur die Nutzung des Gebäudes einräumt.

Es ist deshalb festzustellen, dass die in § 99 Abs. 2 GWB formulierte Auflistung der zivilrechtlichen Vertragstypen für die Übertragung des wirtschaftlichen Wertes sinngemäß auch für die Übertragung des Wertes von Bauleistungen verwendet werden können. Es ist somit für die Qualifizierung als Bauauftrag unerheblich, ob der Vertrag über die Erbringung von Bauleistungen als Werkvertrag, Werklieferungsvertrag, Kaufvertrag, Mietvertrag mit oder ohne Kaufoption ausgestaltet ist.<sup>46</sup>

Dabei spielt es keine Rolle, ob der private Investor in eigener Person die Bauleistung erbringt. Gemäß der in § 99 Abs. 3 GWB zuletzt genannten Alternative liegt auch dann eine Bauleistung vor, wenn diese „durch Dritte gemäß den vom Auf

---

<sup>46</sup> ebenso Marx in Motzke/Pietzcker/ Prieß „VOB Teil A“, 2001, § 99 GWB Rn. 27.

traggeber genannten Erfordernissen“ erbracht wird. Diese Regelung betrifft Vertragskonstellationen, in denen der öffentliche Auftraggeber z.B. einem Finanzdienstleister oder einer Projektgesellschaft die für den Abschluss eines Mietvertrages erforderlichen Spezifikationen, ggf. einschließlich eines Raumbuches, mitteilt, das dann seinerseits ein drittes Unternehmen mit der Erbringung der Bauleistung beauftragt.

Der Auftragnehmer erbringt neben Bauleistungen auch Planungs-, Finanzierungs- und verschiedene Betriebsleistungen, mithin verschiedene Dienstleistungen gemäß § 99 Abs. 4 GWB.

Es stellt sich somit die Frage, wie die Kombination entsprechender Leistungspflichten im Rahmen eines Mietvertrages zu qualifizieren ist. Dabei ist davon auszugehen, dass bei PPP/PFI-Modellen der Schwellenwert grundsätzlich überschritten wird. Die Antwort ist den einschlägigen Rechtsvorschriften zu entnehmen. So sind bei Bauleistungen gemäß § 6 VgV die Regeln im Abschnitt 2 der VOB/A oder bei Dienstleistungen gemäß § 4 VgV die Regeln Abschnitt 2 VOL/A anwendbar.

Bei der Ausschreibung eines PPP/PFI-Modells dürfen die einzelnen Leistungen nicht, wie bei herkömmlichen Bauvorhaben, getrennt nach den jeweils einschlägigen Verdingungsordnungen, sondern nur einheitlich als eine Leistung nach einer Verdingungsordnung ausgeschrieben werden. Denn der zentrale Kerngedanke von PPP/PFI-Projekten ist die Übernahme der Verantwortung für die Lebenszeitkosten eines Bauwerks. Diese Lebenszeitkosten kann jedoch der Bieter dem Auftraggeber nur dann garantieren, wenn er sowohl für die Planung, Errichtung als auch die spätere Bauunterhaltung verantwortlich ist.

Das Kartellvergaberecht enthält für die Frage, welche Verdingungsordnung bei der Ausschreibung verschiedenartiger Leistungstypen anzuwenden ist, keine Vorgabe.

Allein Aufträge, die sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen beinhalten, werden in § 1a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A derart geregelt, dass diese nach den Regelungen über die Aufträge zu vergeben sind, deren Wert überwiegt. Eine entsprechende Regelung zur Abgrenzung von Bauleistungen zu Lieferungen oder zu Dienstleistungen fehlt.

Hier ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen, nach der ein Auftrag mit verschiedenen Leistungsgegenständen dann als Bauauftrag zu qualifizieren ist,

wenn der Anteil der Bauleistungen an dem Gesamtauftragswert „nicht von untergeordneter Bedeutung“ ist.<sup>47</sup> Dieser Auffassung kann deshalb gefolgt werden, weil bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Auftraggeber bei einem derartigen Fall letztlich nur die Nutzung eines Bauwerks wünscht. Die Planungs- und Finanzierungsleistungen haben hingegen hier keine eigenständige Funktion, sondern dienen nur diesem Ziel der baulichen Nutzung.<sup>48</sup> Ein Kostenanteil für eine Bauleistung von „nicht nur untergeordneter Bedeutung“ kann vertretbar mit 25 % der barwertigen Gesamtkosten konkretisiert werden.<sup>49</sup> Mangels einschlägiger Rechtsprechung wird hier jedoch zur Zeit eine rechtssichere Linie kaum zu ziehen sein, so dass es gerechtfertigt sein kann, auch bei höheren Anteilen der Baukosten im Bereich zwischen 25% und nahezu 50% der Gesamtkosten die Ausschreibung nicht nach der VOB/A, sondern nach der VOL/A durchzuführen.

Mithin ist vor Beginn des Ausschreibungsverfahrens sorgfältig zu ermitteln, welche Leistungsarten bestehen, und welchen geschätzten Barwert die Bauleistungen, d.h. sowohl die anfängliche Bauleistung wie auch die späteren Bauunterhaltungsleistungen, im Vergleich zum Barwert sämtlicher Dienstleistungen haben.

### 3.1.3 AUSSCHREIBUNGSPFLICHT BEI VERÄUßERUNG EINES GESCHÄFTSANTEILS

Es wird gelegentlich ein Vorgehen gewählt, bei dem der öffentliche Auftraggeber zunächst eine ihm zu 100 Prozent gehörende Tochtergesellschaft gründet, den öffentlichen Auftrag ohne Ausschreibung als „Inhouse“-Auftrag an diese Gesellschaft vergibt und anschließend private Unternehmen auffordert, im Rahmen eines Bietungsverfahrens die Anteile an der Gesellschaft teilweise oder vollständig zu erwerben. Das ausgesuchte Unternehmen hat dann die Gesellschaft zu führen und

---

<sup>47</sup> EuGH, Urteil vom 19. April 1994 - RS C - 331/92, NVwZ 1994, 990 (991); OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. August 1999 - 6 Verg 1/99, „Flughafen Schönefeld“, NVwZ 1999, S. 1142 (1145). Reidt/Stickler in Motzke / Pietzker / Prieß „VOB - Teil A“, 1. Aufl. 2001, § 32 Rn. 28: Bauauftrag, wenn der Anteil der Bauleistungen an dem Gesamtauftragswert „zumindest nicht völlig unerheblich ist“.

<sup>48</sup> OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. August 1999 - 6 Verg 1/99, „Flughafen Schönefeld“, NVwZ 1999, S. 1142 (1145), unter Verweis auf 16. Erwägungsgrund zur Dienstleistungsrichtlinie.

<sup>49</sup> Endler „Privatisierung und Vergaberecht“, NZBau 2002, S. 125 (126). Zu einer nach VOL/A auszuschreibenden Dienstleistung kann der Auftrag bspw. dann werden, wenn der Auftraggeber auch weitgehend bauunabhängige Dienstleistungen wie den komplexen Betrieb einer Justizvollzugsanstalt wünscht.

muss für die ordnungsgemäße, zuvor schon vertraglich vereinbarte Leistungserbringung eintreten. Das Auswahlkriterium im Bietungsverfahren kann dann die Höhe des Kaufpreises für den Geschäftsanteil, die Höhe des ggf. noch nicht festgelegten Preises für die von der Projektgesellschaft zu erbringenden Leistungen oder eine Kombination von beiden Faktoren sein.<sup>50</sup>

Fraglich ist, ob eine Ausschreibung, die die Veräußerung eines Geschäftsanteils an einer kommunalen Gesellschaft zum Gegenstand hat, den Vorschriften des Kartellvergaberechts unterliegt. Denn § 99 Abs. 1 GWB definiert einen ausschreibungspflichtigen Auftrag als einen „entgeltlichen Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge zum Gegenstand haben.“ Dem Wortlaut dieser Norm lässt sich nicht entnehmen, dass auch gesellschaftsrechtliche Verträge wie die Gründung einer Gesellschaft gemeinsam mit einem privaten Investor, die Fusion der kommunalen Gesellschaft mit einer privaten Gesellschaft oder der schlichte Verkauf eines Geschäftsanteils an einer kommunalen Gesellschaft dem Kartellvergaberecht unterliegen. Die vergaberechtliche Rechtsprechung hat jedoch in Bezug auf derartige Fälle festgestellt, dass es für die vergaberechtliche Beurteilung allein auf die wirtschaftliche Wirkung eines Rechtsgeschäftes und nicht auf die Form desselben ankommt. Mithin kann dann, wenn ein Bieter durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages in den wirtschaftlichen Genuss eines öffentlichen Auftrags kommt, ein ausschreibungspflichtiger Vorgang vorliegen.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Es ist anzumerken, dass dieses Vorgehen eher bei einfach zu beschreibenden Standardleistungen möglich ist, nicht aber bei komplexen Auftragsvergaben wie den hier diskutierten funktionalen Ausschreibungen. Denn bei diesen wird die Leistung meist erst im Verhandlungsverfahren konkretisiert. Der Vollständigkeit halber soll aber auch dieser in der Praxis vielfach diskutierte Verfahrensweg hier erwähnt werden.

<sup>51</sup> EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98 (Teckal/Gemeinde Viano). Diese Rechtsprechung ist nachfolgend von den Vergabekammern in zahlreichen Entscheidungen aufgegriffen und weiter differenziert worden, so VK Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juli 2000 - VK 12/2000, NZBau 2001, S. 46 ff., davor bereits in gleicher Richtung VK Lüneburg, Beschluss vom 10. August 1999 - 203 VgK - 6/1999, NZBau 2001, S. 51 (52); maßgebend BGH, Beschluss vom 12. Juni 2001 - X ZB 10/01 (OLG Jena), ZNER 2002, S. 43 ff..

### 3.1.4 BESTIMMUNG DES MAßGEBLICHEN NETTOWERTES

Der einschlägige Schwellenwert für Aufträge über Bauleistungen ist netto 5 Mio. Euro<sup>52</sup>, für Aufträge über Dienstleistungen netto 200.000 Euro.<sup>53</sup> Beide Schwellenwerte sind bei öffentlichen Neubau- oder Sanierungsvorhaben im Hochbau in aller Regel schnell überschritten.

### 3.1.5 AUSNAHMETATBESTAND DES § 100 ABS. 2 GWB

In § 100 Abs. 2 GWB sind abschließend 15 Ausnahmetatbestände aufgelistet, die zur Nichtanwendung des Kartellvergaberechts führen. Ausnahmetatbestände, die typischerweise für öffentliche, nach dem PPP/PFI-Modell realisierte Hochbauten einschlägig sein könnten, sind nicht ersichtlich.

§ 100 Abs. 2 h) GWB regelt zwar, dass das Kartellvergaberecht nicht für Verträge zum „Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden“ gilt. Wenn jedoch der Bieter ein Gebäude nach den Nutzungsmaßgaben des Mieters errichten muss, würde kein ausschreibungsfreier Mietvertrag über ein vorhandenes Gebäude abgeschlossen werden. Gleiches gilt für Sanierungsvorhaben. Hier würde der öffentliche Auftraggeber zwar ein vorhandenes Gebäude mieten. Dieses würde jedoch nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers durch den Bieter in wesentlichen Teilen saniert werden, so dass der grundsätzlich eng auszulegende Tatbestand des § 100 Abs. 2 h) GWB auch in dieser Konstellation nicht angewendet werden darf.

Schließlich müsste im Einzelfall geprüft werden, ob der von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahmetatbestand zu Inhouse-Aufträgen einschlägig ist. Wie vorstehend schon dargestellt, setzt der Inhouse-Auftrag u.a. voraus, dass der öffentliche Auftraggeber die zu beauftragende Gesellschaft zu 100% in seinem Eigentum hat und der Auftraggeber die Gesellschaft beherrscht wie seine eigene Dienststelle.<sup>54</sup> An diesen Merkmalen fehlt es, wenn der private Investor 10 % oder mehr der Geschäftsanteile hält und hierdurch bereits gesellschaftsrechtliche Minderheitsrechte geltend machen kann<sup>55</sup>. Eine Konstellation im Bereich von PPP/PFI-

---

<sup>52</sup> § 100 Abs. 2 GWB i.V.m. § 2 Abs. 4 VgV.

<sup>53</sup> § 100 Abs. 2 GWB i.V.m. § 2 Abs. 3 VgV.

<sup>54</sup> EuGH, Urteil vom 18. November 1999 - C-107/98 (Teckal/Gemeinde Viano).

<sup>55</sup> Jaeger, NZBau, 6 (9 f.) mit Verweis auf die Minderheitsrechte eines GmbH-Gesellschafters.

Projekten, bei der der private Investor weniger als 10 % der Geschäftsanteile der gemeinsam mit dem öffentlichen Auftraggeber gegründeten Projektgesellschaft hält, ist zwar theoretisch möglich, jedoch praxisfremd. Darüber hinaus wird man bei einer derart marginalen privaten Beteiligung nicht mehr von einem PPP/PFI-Projekt sprechen können, da dieses als Wesensmerkmal den Transfer von Risiken auf einen Privaten vorsieht. Bei einer Auftragsvergabe an eine letztlich nur organisationsprivatisierte öffentliche Stelle mangelt es an der Verbindlichkeit der Haftung für die Erfüllung der angebotenen Leistung durch privates Kapital.

### 3.2 WAHL DES VERGABEVERFAHRENS

Die VOB/A wie auch die VOL/A sieht für europaweite Ausschreibungen das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren vor. Letzteres wird noch einmal unterschieden in Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung. Vorrang hat das offene Verfahren vor dem nicht offenen Verfahren oder dem Verhandlungsverfahren.<sup>56</sup> Im nicht offenen Verfahren darf im wesentlichen nur dann ausgeschrieben werden, wenn das offene Verfahren für den Auftraggeber oder für die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde.<sup>57</sup> Das Verhandlungsverfahren wiederum ist nur dann zulässig, wenn bei einem offenen oder nicht offenen Verfahren kein annehmbares Angebot abgegeben wurde oder ein anderer der in der VOB/A bzw. VOL/A genannten, dort abschließend aufgelisteten Ausnahmetatbestände einschlägig ist.<sup>58</sup>

Die Vergabe von Hochbauprojekten über PPP/PFI-Modelle im Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Vergabebekanntmachung ist zulässig, wenn „die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zwecks Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist.“<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> § 3a Nr. 2 VOB/A; § 3a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A, § 3a Nr. 3 VOL/A.

<sup>57</sup> § 3a Nr. 3 i.V.m. § 3 Nr. 3 Abs. 1 lit. a VOB/A; § 3a Nr. 3 VOL/A i.V.m. § 3 Nr. 3 lit. a VOL/A. Das nicht offene Verfahren scheint hier wenig empfehlenswert zu sein, da der Aufwand des Auftraggebers für die Durchführung kaum geringer als beim offenen Verfahren ist, während sich die Verfahrensdauer durch die Trennung der Eignungsprüfung und der Angebotsauswertung nur verlängert.

<sup>58</sup> § 3a Nr. 4 und Nr. 5 VOB/A; § 3a Nr. 1 Abs. 4 und Nr. 2 VOL/A.

<sup>59</sup> § 3a Nr. 4 lit. c VOB/A.

Die von dem Bieter zu erbringenden Planungs-, Bau-, Finanzierungs- und Bauunterhaltungsleistungen sind jedoch auch bei Leistungserbringung über ein PPP/PFI-Modell grundsätzlich exakt beschreibbar. Dieser hat dem Auftraggeber für einen bestimmten Zeitraum eine durch ein Raumbuch definierte Raumnutzung zur Verfügung zu stellen. Eine solche Raumnutzung ist ein üblicherweise – beschreibbarer – Gegenstand von Mietverträgen. Darüber hinaus hat der Bieter bestimmte, gleichfalls beschreibbare Dienstleistungen wie Reinigungsleistungen, Verpflegung und Hausmeisterdienste zu erbringen.

Es ist allerdings zu sehen, dass die zusätzliche, vom Bieter neben den Planungs-, Bau-, Betriebs- und Dienstleistungen noch zu erbringende technische und finanzielle Optimierungsleistung durch Abstimmung von Planung, Bau und Betrieb keine gegenwärtig marktgängige Leistung ist. Die Aufgabe, über die Planung die Summe der Kosten für die Bauleistung und für den späteren Betrieb zu minimieren, verbunden mit einer Garantie für die Lebenszeitkosten des Bauwerks, ist neu. Mit der Verpflichtung, die Baufolgekosten langfristig zu kalkulieren und eine Abwägung zwischen dem Aufwand für die Bauleistung und dem späteren Aufwand für die Bauunterhaltung zu treffen, übernimmt der Bieter Risiken, die derzeit in Deutschland marktunüblich sind. Dabei ist auch in der Wissenschaft zum Teil noch unklar, welche Risiken mit welchem Kostenfaktor zu bewerten sind, und welcher Risikorisikotransfer von der öffentlichen Hand auf den Privaten Investor optimal ist. Da diese Fragen der zutreffenden Risikobewertung und optimalen Risikoverteilung heute noch weitgehend ungeklärt sind, ist der Auftraggeber berechtigt, im Vergabeverfahren mit den Bietern in einen Dialog einzutreten und im Rahmen von Verhandlungen die vorgenannten Fragen zu diskutieren.

Nur in Verhandlungen mit den Bietern können die Kosten der Risikoübernahme diskutiert, ein optimales Leistungspaket definiert und ein konkreter Preis abfragt werden. Anzumerken ist, dass die Freiheit der Korrektur der Leistungsbeschreibung nicht unbeschränkt besteht. Ein öffentlicher Auftraggeber muss die Ausschreibung sorgfältig vorbereiten und sich über seine Vorstellungen über die Ziele und Leistungsanforderungen des zu vergebenden Auftrages im Klaren sein. Dies wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn er die Kosten und Risiken der Eigenerstellung nicht ordnungsgemäß vor Beginn der Ausschreibung ermittelt und den nachgefragten Bau- und Sanierungsumfang nicht in Form eines detaillierten Leistungsprogramms beschrieben hat, sondern stattdessen von den Bietern

sämtliche Arbeiten der Ausschreibungsvorbereitung, beginnend mit der baulichen Grundlagenmittlung bis hin zur Erstellung der Vertragsmustern abverlangt. In einem solchen Fall würde es an der konzeptionellen Vergabereife fehlen. Ein solcher Mangel wurde von der Rechtsprechung als ein schwerwiegender, nachträglich nicht mehr zu heilender Vergabeverstoß erkannt.<sup>60</sup>

### 3.3 DIE EIGNUNGSPRÜFUNG BEI PPP/PFI-PROJEKTEN

Bei der Nachfrage komplexer Leistungen kann der Nachweis der Eignung zur Erbringung aller Einzelleistungen kaum durch eine einzelne Firma erbracht werden. Denn die Erbringung sowohl von Planungs-, Finanzierungs-, Bau und Betriebsleistungen aus einer Hand mit gleichzeitiger Garantie des Preises über eine Laufzeit von 20 Jahren oder mehr ist derzeit keine marktgängige Leistung. Der Bieter wird wesentliche Leistungen entweder durch Subunternehmer oder zusammen mit anderen Partnern im Rahmen einer Bietergemeinschaft erbringen müssen.

Es ist deshalb zu fragen, wann ein solcher Bieter als geeigneter Bieter am Vergabeverfahren zugelassen werden darf.

Ein Bieter, der wertmäßig nur einen Bruchteil der Gesamtleistungen anbietet – so z.B. die Organisation und Projektsteuerung – und die übrigen Leistungen durch Subunternehmer beschafft, kann als Generalunternehmer, vermutlich aber als General- bzw. Totalübernehmer zu qualifizieren sein. Ob ein solcher Bieter als ein geeigneter Teilnehmer am Wettbewerb im Sinne des § 97 Abs. 4 GWB und des § 8 VOB/A bzw. § 7 VOL/A zugelassen werden darf, wird in der Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert.<sup>61</sup>

Als entscheidendes Kriterium für die Eignung eines Generalunternehmers wird überwiegend die Aufteilung der Leistungen zwischen Bieter und Subunternehmer und das Gewicht der eigenen Leistung des Bieters angesehen.<sup>62</sup> Einigkeit besteht insoweit, dass ein Bieter, der einen wesentlichen Teil der Gesamtleistung selbst er

---

<sup>60</sup> OLG Naumburg, Beschluss vom 16. September 2002 – 1 Verg 02/02.

<sup>61</sup> Unzulässig ist es, wie es häufig in der Literatur geschieht, § 4 VOB/B bzw. § 4 VOL/B heranzuziehen, da nur die VOB/A und die VOL/A die Auswahl der Bieter regeln und da die §§ 4 und 6 VgV allein die jeweiligen Abschnitte der VOB/A und VOL/A durch Verweisung für verbindlich erklären.

<sup>62</sup> VK Hessen, Beschluss vom 29. Juli 2002 – 69d VK 34/2002.

bringen will und tatsächlich auch selbst erbringen kann und der daneben weitere Teile der Gesamtleistung durch Subunternehmer erbringen will, als Generalunternehmer auch als geeignet<sup>63</sup> einzustufen ist. Nur bei der näheren Bestimmung der „Wesentlichkeit“ der eigenen Leistung des Bieters nehmen die einzelnen Gerichte unterschiedliche Gewichtungen vor.<sup>64</sup>

Während die Eignung eines Generalunternehmers grundsätzlich außer Frage steht, lehnen die Rechtsprechung und die Literatur die Eignung eines Generalübernehmers bisher mehrheitlich ab.<sup>65</sup> So soll die VOB/A das Ziel verfolgen, gleiche Wettbewerbsbedingungen bei den Erbringern von Bauleistungen herzustellen, und erfordere dementsprechend, dass der Bieter einen wesentlichen Teil der Leistung selbst erbringe. Zudem bestehe auch nur für Bieter, die eine eigene Leistung anbieten, eine Leistungspflicht, die die Gewähr dafür biete, dass die nachgefragte Gesamtleistung zeitgerecht und mängelfrei durchgeführt werde.<sup>66</sup>

Zweifel an dieser restriktiven Auslegung des Eignungsbegriffs ergeben sich jedoch sowohl aus der EU-Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG als auch aus der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG. Denn in Art. 1 lit. a der Baukoordinierungsrichtlinie wird auch ein Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer, der auf die „Erbringung einer Bauleistung durch Dritte“ – also durch andere Unternehmer als den Auftragnehmer selbst – gerichtet ist, unter die Definition des öffentlichen Bauauftrages gefasst. Auf diese Vorschrift nimmt Art. 1 lit. a der Dienstleistungskordinierungsrichtlinie ausdrücklich Bezug.

---

<sup>63</sup> i.S.v. § 97 Abs. 4 GWB, § 25 Nr. 2 VOB/A bzw. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A.

<sup>64</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. Mai 2000 – 11 Verg 1/99, NZBau 2001, S. 101 (104): ein Drittel der Gesamtleistung im eigenen Betrieb; OLG Bremen, Beschluss vom 16. April 2001 – Verg 1/00, BauR 2001, S. 94: annähernd die Hälfte im eigenen Betrieb; BayObLG, Beschluss vom 17. Juni 2002 – Verg 14/02: Ein Bieter ist von der Wertung wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Selbstausführung nach § 4 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B auszuschließen, wenn er ca. 80% des Auftragswertes an Nachunternehmer vergeben will, ohne sich selbst eine Ausführung wesentlicher Teile vorzubehalten, obwohl sein Betrieb auf diese Leistungen eingerichtet ist.

<sup>65</sup> VK Bund, Beschluss vom 10. Juli 2002 – VK 2-24/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Mai 2001 – Verg 10/00; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Mai 2000 – Verg 1/99, NZBau 2001, S. 101 (104); OLG Bremen, Beschluss vom 06. April 2001 – Verg 1/00; VUA Brandenburg, Beschluss vom 16. Dezember 1996 – 1 VUA 17/96; Priß/Hausmann in Motzke / Pietzker / Priß „VOB - Teil A“, 1. Aufl. 2001, § 8 Rn. 48 m.w.N..

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Mai 2001 – Verg 10/00.

Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH<sup>67</sup>, die in neueren Entscheidungen nationaler Gerichte aufgenommen wurde<sup>68</sup>, ist auch der Generalübernehmer als Bieter bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach VOB/A bzw. VOL/A zuzulassen. Danach ist es einem Bieter gestattet, bei seiner Bewerbung im Teilnahmeverfahren auch auf die Leistungsfähigkeit und die Mittel zu verweisen, die nicht er selbst besitzt, die er aber in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird. Ein solcher Rückgriff auf externe Nachweise ist nur dann zulässig, wenn der Bieter innerhalb der Bewerbungsfrist nachweist, dass er tatsächlich über die Mittel, die er nicht selbst besitzt, verfügen kann. Der Nachweis kann zum einen durch den Verweis auf beherrschte Tochtergesellschaften geführt werden.<sup>69</sup> Es sind aber auch rein vertragliche Vereinbarungen zu Unternehmen, mit denen der Bewerber keine gesellschaftsrechtlichen Bindungen hat, zulässig, um einen erfolgreichen Nachweis zu führen.<sup>70</sup>

Die europäischen Rahmenbedingungen gebieten es also, auch solche Bieter als geeignet anzusehen, die keinen Leistungsbestandteil unmittelbar selbst erbringen, sondern deren gewerbsmäßige Eigenleistung darin besteht, die Tätigkeit von Subunternehmern optimal zu organisieren und zu koordinieren.<sup>71</sup>

In diese Richtung haben jüngst auch verschiedene Obergerichte entschieden. Nach dem OLG Frankfurt a.M. und dem KG Berlin ist ein solcher Bieter zuzulassen, der die Ausführung wesentlicher Bauleistungen nicht persönlich, sondern über konzernverbundene Unternehmen anbietet.<sup>72</sup> Nach dem OLG Düsseldorf genügt auch bei Bauausschreibungen der Nachweis, dass der Bieter während des Auftragszeitraums über die personellen und tatsächlichen Mittel sowie Unternehmen aller Art, die zur Ausführung des Auftrages benötigt werden, tatsächlich verfügt. Wenn ein derartiger

---

<sup>67</sup> EuGH, Urteil vom 29. September 1992 - Rs C 389/92 („Ballast Nedam Groep I“); EuGH, Urteil vom 18. Dezember 1997 - Rs C 5/97 („Ballast Nedam Groep II“); EuGH, Urteil vom 2. Februar 1999 - Rs. C 176/98 („Holst Italia SpA./Commune di Cagliari“).

<sup>68</sup> KG, Beschluss vom 22. August 2001 – KartVerg 3/01, NZBau 2002, S. 402 (405); OLG Frankfurt, Beschluss vom 10. April 2001 – 11 Verg 1/01, NZBau 2002, S. 161 (163).

<sup>69</sup> so für den Fall einer Holdinggesellschaft, die auf die Leistungsfähigkeit ihrer Tochtergesellschaften verwiesen hat, EuGH, Urteil vom 29. September 1992 - Rs C 389/92 („Ballast Nedam Groep I“).

<sup>70</sup> EuGH, Urteil vom 2. Februar 1999 - Rs. C 176/98 („Holst Italia SpA./Commune di Cagliari“).

<sup>71</sup> So als nicht entscheidungserhebliche Erwägung auch die 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 1. März 2002 – VK 1 – 3/02.

<sup>72</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 10. April 2001 – 11 Verg 1/01; KG, Beschluss vom 22. August 2001 – KartVerg 3/01.

Nachweis in der Bewerbungsfrist geführt wird, ist der Bieter als Generalübernehmer zuzulassen.<sup>73</sup>

Wichtig für die öffentlichen Auftraggeber ist es deshalb, in den Verdingungsunterlagen möglichst genau die vorzulegenden Eignungsnachweise zu spezifizieren und bei der Prüfung der Teilnahmeanträge die rechtlichen Beziehungen zwischen Projektgesellschaft, Bietern und Subunternehmern und deren spezifischen Eignungen genau zu untersuchen.

---

<sup>73</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juli 2000 – Verg 5/99, NZBau 2001, S. 106; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Mai 2001 – Verg 10/00.

## ANHANG I

### Muster „Informationsschrift für die Teilnehmer an einem Markterkundungsverfahren“

#### Projektbeschreibung „Neubau und Betrieb einer Justizvollzugsanstalt“

##### I. Gegenstand der nachgefragten Leistung

Planung, Neubau und Betrieb (einschließlich Finanzierung) einer Justizvollzugsanstalt im PPP/PFI-Modell (20 Jahre oder länger) sowie Übernahme weiterer Dienstleistungen

##### II. Eckdaten zur JVA

Ein Raumprogramm ist vorhanden. Sämtliche Bauvorschriften und insbesondere die Empfehlungen für den Bau von Vollzugsanstalten sind zu beachten.

Lage der JVA	Großraum Düsseldorf / Duisburg, günstige Verkehrsinfrastruktur (Grundstück wird zur Bebauung und Nutzung gestellt)
Bauweise	Kreuzbau (Doppelkreuz), max. 4 Etagen
Brutto-Geschossfläche / BGF)	ca. 60.000 – 65.000 m <sup>2</sup>
Haftplätze und Vollzugsform	ca. 850 im geschlossenen Vollzug
Geschlecht und Alter der Insassen	Männlich (Erwachsene 85 %, Jugendliche 15 %)
Haftarten und –dauer	Untersuchungshaft (60 %), Strafhaft (40 %), durchschnittliche Haftdauer: 1-2 Jahre

Unterbringung Erwachsene	Maximale Größe der Abteilungen: 40 (mit üblicher Infrastruktur), Sportplatz, Turnhalle
Unterbringung Jugendliche	Separater Baukörper, eigener Freistundenhof, integrierte Freizeiträume, vom Erwachsenenbereich, getrennte Sportmöglichkeiten im Freien zugeordnete Arbeits-, Ausbildungs- und Schulungsräumlichkeiten
Maximale Größe der Abteilungen:	25 Plätze wohngruppenähnliche Ausgestaltung, im Notfall: zwei Abteilungen von einem Bediensteten gleichzeitig zu bedienen (Muster JVA Herford)
Arbeitsbereich	Separate Arbeitshallen, multifunktional gestalten; Produktionsflächen HNF 12.500 m <sup>2</sup> (nach derzeitiger, jedoch vom Bieter veränderbarer Planung: Unternehmerbetriebe 5.000 m <sup>2</sup> für 300-400 Gefangene, Eigenbetriebe 6.000 m <sup>2</sup> für bis zu 150 Gefangene, Werkstätte 1.000 m <sup>2</sup> )
Besuchsbereich	Räumlichkeiten flexibel gestalten, dem Pfortenbereich zugeordnet (Veränderungen müssen kurzfristig möglich sein)

### **III. Besondere Anforderungen**

Aus vollzugspolitischen Gründen wird der Schaffung von Gefangenenarbeitsplätzen besondere Bedeutung beigemessen. Dabei wird die erforderliche Bewachung der Gefangenen von dem Anstaltspersonal sichergestellt.

Die Einsatzmöglichkeiten privater Kräfte in Bereichen, in denen auch Gefangene beschäftigt sind, sind grundsätzlich abhängig von den Faktoren:

- Art der Arbeit
- bauliche Verhältnisse
- Zahl der Gefangenen
- Klientel

und somit vornehmlich vom Bewachungsbedarf.

Im Übrigen scheidet ein Tätigwerden privater Kräfte im Sicherheitsbereich (Kernbereich des Hoheitsrechts) in der Regel aus. Auch der Bereich des Behandlungsvollzuges wird von dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG erfasst.

### **IV. Anforderungsprofil an den Bieter / Investor**

Der Bieter muss Eignungsnachweise – auch durch Referenzen – für folgende Leistungsgegenstände vorlegen:

#### **1. Allgemeine Verwaltung**

Einrichtung und Vorhaltung ergänzender Bürodienste (z.B. Kanzlei, Buchhaltung, Zahlstelle, IT-Betreuung, Beschaffung des Anstaltsbedarfs)

#### **2. Bauliche Anforderungen**

- Planung und Erstellung einschließlich Finanzierung des Objektes

- Betrieb der baulichen Anlagen (Instandhaltung, Wartung, Pflege, Außenanlagen, Reinigung, Schönheitsreparaturen)

- Bauverwaltung

- Gebäudebewirtschaftung

### 3. Sicherheitsdienste

- Objektsicherung und Überwachung der mechanischen und elektronischen Sicherheitsanlagen ohne Kontakt zu Gefangenen

- Besucher-Einlass und Besuchsüberwachung

- Datenverwaltung, insbesondere Führung des Pforten- und Nebenbuches

### 4. Küche

- Einrichtung und Betrieb der Küche (ggfs. einschließlich Bäckerei, ca. 1200 Essen)

- Dem Bieter steht es frei, weitere Essen für Dritte herzustellen.

### 5. Kammer

Einrichtung und Betrieb der Kleiderkammer (Beschaffung und Pflege der Gefangenkleidung, deren Ausgabe und Rücknahme bei Aufnahmen bzw. Entlassungen, Aufbewahrung persönlicher Kleidung und Gegenstände während der Haftzeit); die Reinigung der Wäsche wird von einer benachbarten JVA übernommen.

### 6. Arbeitsverwaltung

Einrichtung und Betrieb der Arbeitsbereiche, insbesondere

- Einrichtung und Vorhaltung einer Werkstatt u.a. zur Unterstützung des Gebäudemanagements, des Kfz.-Betriebs, sonstiger Hilfstätigkeiten in der JVA

- Einrichtung und Vorhaltung der Arbeitsflächen für Unternehmerbetriebe

- Einrichtung und Durchführung der schulischen Bildung bzw. Weiterbildung im Rahmen der vorgenannten Arbeitsbereiche, einschließlich Gestellung der erforderlichen Pädagogen
  - Gestellung eines Friseurs
  - Einrichtung und Vorhaltung einer Verkaufsstelle für Gefangene
7. KfZ-Wesen (Umsetzung nur in Teilbereichen)
- Fahrdienst
  - Betrieb der Dienst-KfZ
  - Beschaffung
8. Fachdienste
- Einrichtung und Betrieb der Gefangenenbibliothek, 10.000 Bücher, 4000 Stck. AV-Medien
  - Einrichtung und Vorhaltung der erforderlichen Fachdienste (Bereitstellung eines Sanitätsdienstes mit entsprechenden Vertragsärzten; Bereitstellung der erforderlichen Psychologen, Therapeuten, Sozialdienste mit Sozialarbeitern; Stellung der erforderlichen Sportübungsleiter und eines Freizeitkoordinators)

#### **V. Geplante vertragliche Leistungen und Vergütungsstrukturen**

1. Der Bieter hat die baubezogenen Leistungen in Form einer indexierten Warmmiete über 20 bis 30 Jahre anzubieten. Keine Einredeverzichtserklärung für die finanzierende Bank im Falle der Abtretung.
2. Der Bieter hat für die in Ziff. IV weiter aufgeführten Dienstleistungen (Nr. 1, 3 – 8) eine Entgeltstruktur anzubieten, die wie folgt zu gestalten sein wird:
  - Sicherheitsdienste: indexierter Festpreis
  - Verpflegung: indexierter Festpreis pro Menu, ggfs. abhängig von der Belegung

- Wäschekammer: indexierter Festpreis, der sich aus der Belegung und Fluktuation ergibt
  - Gefangenenbeschäftigung: Garantierte Mindestquote
  - Sonstige Dienstleistungen: indexierter Festpreis
3. Im Rahmen der vorgenannten Dienstleistungen ist keine Personalüberleitung des vorhandenen Personals auf den Bieter vorgesehen.
  4. Die Dienstleistungen können insgesamt oder teilweise auch für eine kürzere Dauer vergeben werden als für die Dauer des Gebäudebetriebes (bzw. vorzeitig gekündigt werden).

#### **VI. Weitere Fragestellungen im Rahmen der Markterkundungsgespräche**

- Welche Leistungen sollten zwingend gemeinsam mit der Bauleistung und Bauunterhaltungsleistung vergeben werden? Welche Leistungen sind aus Bietersicht trennbar?
- Welche Frist sollte den Bietern für die Erstellung eines sorgfältig ausgearbeiteten Angebotes gegeben werden?

## ANHANG II

### Verzeichnis der zitierten Gesetze und EU-Richtlinien

Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)	Richtlinie des Rates vom 14. November 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (93/37/EWG), ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 54, ber. durch ABl. L 111 vom 30. April 1994, S. 115, geändert durch Richtlinie 97/52/EG vom 13. Oktober 1997, ABl. Nr. L 328 vom 28. November 1997, S. 1.
Dienstleistungskoordierungsrichtlinie (DKR)	RL 92/50/EWG vom 18. Juni 1992 (zuletzt geändert am 29. Oktober 2001) zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABlEG L 209, S. 1.
GmHVO NRW	Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden – Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) vom 14. Mai 1995 (GV NRW S. 516/SGV NRW 630), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Juni 1999 (GV NRW S. 386)
Grundgesetz (GG)	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26. Juli 2002, BGBl. I S. 2863
BHO	Bundshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. Juni 1999 (BGBl. I S. 1334)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. Juli 2002 (BGBl. I 2850)
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 2002 (BAnz. Nr. 202a vom 29. Oktober 2002)
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen (VOLA) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. September 2002 (BAz. Nr. 216a vom 20. November 2002)
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 9. Januar 2001 (BGBl. I 2001, S. 110, zuletzt geändert durch Verordnung vom 11. Februar 2003, BGBl. I S. 168).