



Bundesministerium  
für Verkehr, Bau  
und Stadtentwicklung

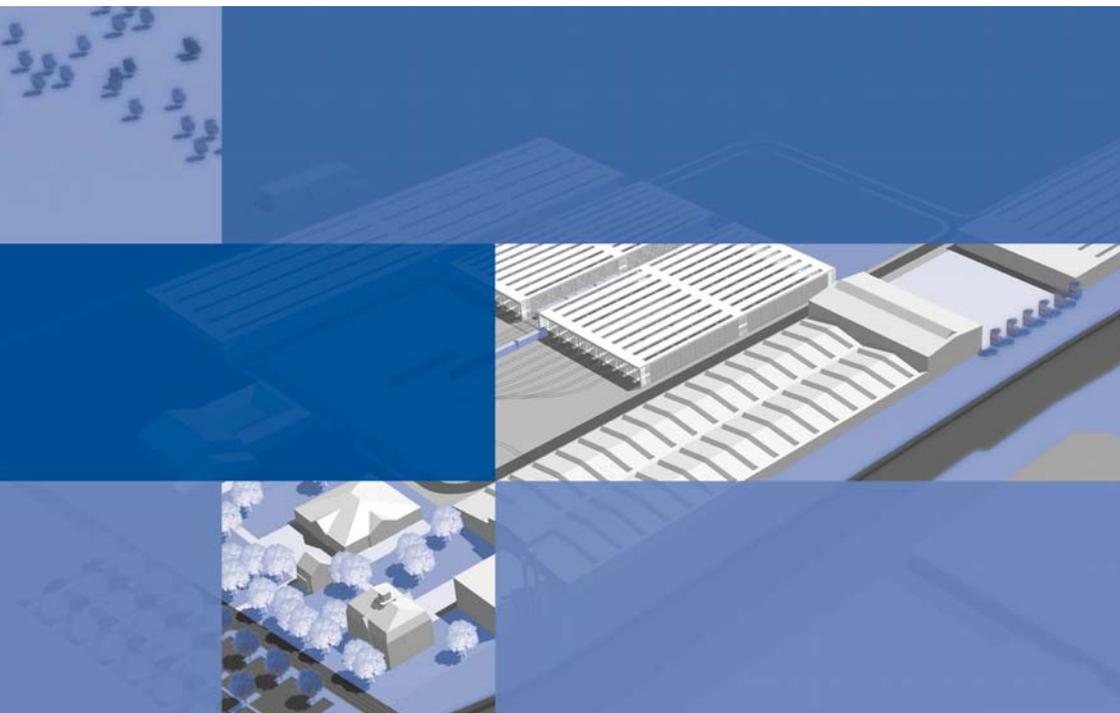
Finanzministerium  
des Landes Nordrhein-Westfalen



PPP Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW

# PPP im Hochbau

## Vergaberechtsleitfaden



Stand: August 2007





Dieser Leitfaden wurde im Auftrag der PPP Task Force des Bundes und der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen erstellt durch:

**Dr. Friedrich Ludwig Hausmann**

**Dr. Peter Friedrich Bultmann**

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Rechtsanwälte

Potsdamer Platz 1

10785 Berlin

Tel.: +49 (0)30 20 28 3-835

Fax: +49 (0)30 20 28 3-766

E-Mail: [friedrich.hausmann@freshfields.com](mailto:friedrich.hausmann@freshfields.com)

Redaktionelle Verantwortung bei der PPP Task Force im BMVBS:

**Dr. Jörg Christen (Leiter)**

Tel.: 030/2008-7190

Fax: 030/2008-7199

E-Mail: [joerg.christen@bmvbs.bund.de](mailto:joerg.christen@bmvbs.bund.de)

**Helge Pols**

Tel.: 030/2008-7191

Fax: 030/2008-7199

E-Mail: [helge.pols@bmvbs.bund.de](mailto:helge.pols@bmvbs.bund.de)

Redaktionelle Verantwortung bei der PPP-Task Force NRW:

**Dr. Frank Littwin (Leiter)**

Tel.: 0211/4972-2409

Fax: 0211/4972-2596

E-Mail: [frank.littwin@fm.nrw.de](mailto:frank.littwin@fm.nrw.de)

**Regine Unbehauen**

Tel.: 0211/4972-2544

Fax: 0211/4972-2596

E-Mail: [regine.unbehauen@fm.nrw.de](mailto:regine.unbehauen@fm.nrw.de)

Kommentare, Kritik und weiterführende Hinweise sind erwünscht und können an die Task Forces oder an die Autoren gerichtet werden.

Bildnachweis:

**schulz & schulz Architekten, Leipzig**

Layout und Satz:

**PROFORMA GmbH & Co. KG**

<b>A</b>	<b>Vorwort</b>	<b>6</b>
<b>B</b>	<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>8</b>
<b>1.</b>	<b>Aufgabe und Aufbau des Leitfadens</b>	<b>10</b>
<b>2.</b>	<b>PPP-Vergabeverfahren</b>	<b>12</b>
2.1.	Anwendbarkeit des Vergaberechts	12
2.1.1.	Öffentliche Auftraggeber	12
2.1.2.	Öffentlicher Auftrag	14
2.1.3.	Schwellenwerte	17
2.1.4.	Entscheidung über die anzuwendende Verdingungsordnung	20
2.2.	Vorbereitung und Konzeption des PPP-Vergabeverfahrens	21
2.2.1.	Markterkundung	21
2.2.2.	Interessenbekundungsverfahren	23
<b>3.</b>	<b>Losweise Vergabe</b>	<b>24</b>
<b>4.</b>	<b>Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart</b>	<b>26</b>
4.1.	Offenes Verfahren / Öffentliche Ausschreibung	26
4.2.	Nichtoffenes Verfahren / Beschränkte Ausschreibung	27
4.3.	Wettbewerblicher Dialog	28
4.3.1.	Wettbewerblicher Dialog für besonders komplexe PPP-Vorhaben	28
4.3.2.	Ablauf des Wettbewerblichen Dialogs	31
4.4.	Verhandlungsverfahren	43
4.5.	Wettbewerblicher Dialog oder Verhandlungsverfahren für PPP-Projekte?	46
4.6.	Verfahrensfristen für ein PPP-Vergabeverfahren	52

## **Gliederung**

<b>5.</b>	<b>Ausschluss von der Mitwirkung auf Seiten des Auftraggebers oder als Teilnehmer am Vergabeverfahren</b>	<b>55</b>
5.1.	Ausschluss voreingemommener Personen (§ 16 VgV)	55
5.2.	Projektantenproblematik	55
<b>6.</b>	<b>Bekanntmachung</b>	<b>58</b>
<b>7.</b>	<b>Teilnahmewettbewerb</b>	<b>59</b>
7.1.	Aufgabe und Inhalt der Bewerbungsbedingungen	59
7.2.	Auswahl einer begrenzten Anzahl von Bewerbern	60
7.3.	Eignungsmerkmale und Eignungsnachweise	62
7.3.1.	Leistungsfähigkeit	64
7.3.2.	Fachkunde	65
7.3.3.	Zuverlässigkeit	65
7.4.	Bewertung der Referenzen	68
7.5.	Eignungsprüfung von Konsortien und Nachunternehmern	69
<b>8.</b>	<b>Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote</b>	<b>74</b>
8.1.	Funktionale (Leistungs-) Beschreibung für den Wettbewerblichen Dialog bzw. das Verhandlungsverfahren	76
8.2.	Nebenangebote	79
8.3.	Bekanntgabe der Zuschlagskriterien	81
8.4.	Bewertungsmatrix	84
<b>9.</b>	<b>Beantwortung von Fragen der Bieter/Dialogteilnehmer</b>	<b>87</b>
<b>10.</b>	<b>Gestufte Auswahl der Lösungsvorschläge und Angebote</b>	<b>89</b>
10.1.	Öffnung der Angebote bzw. Lösungsvorschläge	89
10.2.	Wertung der Angebote bzw. Lösungsvorschläge	90

10.3.	Mitteilungen an die ausscheidenden Bieter bzw. Teilnehmer am Dialog	91
10.4.	Verhandlungen mit den Bietern	92
<b>11.</b>	<b>Abschluss des Vergabeverfahrens</b>	<b>94</b>
11.1.	Vorabinformation gemäß § 13 VgV	94
11.2.	Bekanntmachung über vergebene Aufträge	96
11.3.	Vergabevermerk	97
<b>12.</b>	<b>Hinweise zum vergaberechtlichen Rechtsschutz</b>	<b>99</b>
12.1.	Primärrechtsschutz	99
12.1.1.	Oberhalb der Schwellenwerte	99
	Übersicht: Schematische Darstellung eines Nachprüfungsverfahrens	101
12.1.2.	Unterhalb der Schwellenwerte	101
12.2.	Sekundärrechtsschutz	102
12.2.1.	Oberhalb der Schwellenwerte	102
12.2.2.	Unterhalb der Schwellenwerte	103
<b>13.</b>	<b>Musterformulare</b>	<b>104</b>
13.1.	Musterformular: Vergabevermerk gemäß § 30a VOB/A (Wahl des Wettbewerblichen Dialogs bzw. des Verhandlungsverfahrens)	105
13.2.	Musterformular: Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb im Wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungs- verfahren	109
	– Anmerkungen	118
13.3.	Musterformular: Auswahl der Teilnahmeanträge	119
13.4.	Musterformular: Vermerk zur Festlegung der Zuschlagskriterien (Beispiel einer Wertungsmatrix)	121
	– Anmerkungen	122

## **Gliederung**

13.5.	Musterformular: Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln im Wettbewerblichen Dialog bzw. Verhandlungsverfahren	125
	– Anmerkungen	139
13.6.	Musterformular: Formelle Prüfung der Lösungsvorschläge bzw. Angebote	141
13.7.	Musterformular: Materielle Wertung der Lösungsvorschläge und Angebote	153
13.8.	Musterformular: Mitteilung von modifizierten Anforderungen an die endgültigen Angebote im Verhandlungsverfahren und im Wettbewerblichen Dialog	159
	– Anmerkungen	161



### **„PPP im Hochbau, Vergaberechtsleitfaden“ der PPP Task Force im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und der PPP-Task Force im Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen**

Public Private Partnership-Projekte (PPP) gewinnen in Deutschland immer mehr an Bedeutung, wenn es um die Realisierung öffentlicher Vorhaben geht. In vielen Fällen ist es durch PPP möglich, öffentliche Leistungen effizienter, schneller und kostengünstiger bereit zu stellen. Die steigende Anzahl von Projekten zeigt, dass insbesondere im Hochbau der Durchbruch für PPP geschafft ist und diese Möglichkeit bei öffentlicher Hand und Wirtschaft gleichermaßen auf großes Interesse stößt. Maßstab ist dabei die Effizienz. Ob PPP die geeignete Realisierungsalternative ist, muss für jeden Einzelfall ergebnisoffen bewertet und überprüft werden.

Ist die Wirtschaftlichkeit der PPP-Variante nachgewiesen, ergeben sich eine Vielzahl von Besonderheiten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens. Ziel muss es sein, in einem fairen, transparenten und rechtsgültigen Verfahren den bestmöglichen Partner zu finden, der über einen vergleichsweise langen Zeitraum die vereinbarte Leistung ordnungsgemäß erbringt. Nicht nur bei der anschließenden Vertragsabwicklung, sondern bereits im Vergabeverfahren ist hierfür das faire Miteinander von entscheidender Bedeutung.

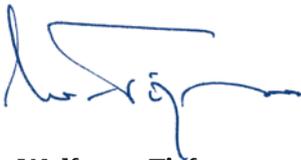
Vor diesem Hintergrund soll der vorliegende Leitfaden eine Hilfestellung für die verschiedenen Stadien zur Auswahl eines privaten

## Vorwort

Partners geben. Es wird der gesamte Verfahrensablauf, von den ersten Vorüberlegungen bis zum Abschluss einschließlich Hinweisen zum vergaberechtlichen Rechtsschutz dargestellt. Ergänzt wird der Leitfaden um Musterformulare, die den Projektverantwortlichen als Anregung und Empfehlung für die Gestaltung der maßgeblichen Vergabeunterlagen bei PPP-Vorhaben dienen sollen.

Dieser Leitfaden wurde von der PPP Task Force des Bundes und der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen gemeinsam entwickelt. Hierbei wurden sowohl Erfahrungen aus bisherigen PPP-Vergabeverfahren als auch vielfältige Stellungnahmen und Hinweise aus dem Kreis des Föderalen PPP-Kompetenznetzwerkes von Bund und Ländern sowie dem Lenkungsausschuss „PPP im öffentlichen Hochbau“ berücksichtigt.

Der Leitfaden in der vorliegenden Fassung ist eine Momentaufnahme und bedarf der laufenden Überprüfung und Fortentwicklung, insbesondere vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung der Gerichte und Vergabekammern sowie einer zunehmenden Projekterfahrung. Die Leser und Nutzer dieses Leitfadens sind somit aufgerufen, an diesem Prozess teilzunehmen, den Inhalt des Leitfadens kritisch auf seine Tauglichkeit zu überprüfen und ihre eigenen Erfahrungen bei der Anwendung in der Praxis an die Task Forces weiterzugeben.



**Wolfgang Tiefensee**

Bundesminister für Verkehr,  
Bau und Stadtentwicklung



**Dr. Helmut Linssen**

Finanzminister des  
Landes Nordrhein-Westfalen

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundshaushaltsordnung
BR-Drucksache	Bundesratsdrucksache
BTag-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f. (ff.)	folgende Seite(n), folgende(r) Paragraph(en)
gem.	gemäß
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung(en)
GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IBR	Immobilien- und Baurecht
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des/im Sinne der
KBSt	Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung
KG	Kammergericht
LHO	Landshaushaltsordnung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich-private Partnerschaft
PPP	Public Private Partnership
RL	Richtlinie(n)
Rs.	Rechtssache
Slg.	(Amtliche) Sammlung
sog.	sogenannt(e)
u.a.	und andere/unter anderem
Uabs.	Unterabsatz
UfAB	Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen
u.U.	unter Umständen
verb. Rs.	verbundene Rechtssache
VergabeR	Vergaberecht
VergabeRL	Vergaberichtlinie
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil

## Aufgabe und Aufbau des Leitfadens

Der Leitfaden führt durch die verschiedenen Stadien eines Vergabeverfahrens zur Auswahl eines privaten Partners für ein PPP-Vorhaben. Gegenstand des Leitfadens ist der gesamte Verfahrensablauf von der Vorbereitungsphase bis zum Abschluss des PPP-Vertrages.

Der Gesetzgeber des am 08.09.2005 in Kraft getretenen ÖPP-Beschleunigungsgesetzes geht davon aus, dass „öffentliche Leistungen [durch PPP] nicht nur mit geringeren Kosten schneller und früher, sondern auch in höherer Qualität bereitgestellt werden“ können (BTagDrs. 15/5668). Die Erreichung der genannten Vorteile von PPP hat jedoch eine wesentliche Voraussetzung, nämlich die Auswahl des privaten Partners in einem fairen und transparenten Vergabeverfahren.<sup>1</sup>

Denn durch den Wettbewerb mit anderen Bietern wird der letztlich ausgewählte private Partner gezwungen, das (wirtschaftlich betrachtet) bestmögliche Angebot für das zu realisierende Vorhaben abzugeben. Der Vergabewettbewerb schafft Anreize, den Bau und Betrieb des Vorhabens effizient zu planen und zu finanzieren und die Effizienzvorteile unmittelbar in sein Angebot einfließen zu lassen. Der Auftraggeber, der einen fairen Vergabewettbewerb schafft, erhält „best value for money“.

Der vorliegende Leitfaden enthält eine ausführliche Erläuterung der verschiedenen Stadien eines fairen PPP-Vergabeverfahrens. Über eine solche Darstellung hinaus bietet es sich zur erleichterten Verwirklichung von Public Private Partnership an, die Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb und die Vergabeunterlagen zu standardisieren, um den Bearbeitungsaufwand für die Auftraggeber und die

---

1 Ebenso das sog. „Bundesgutachten“ zu PPP im öffentlichen Hochbau, Band I: Leitfaden, August 2003; S. 6 (<http://www.ppp-bund.de/hochbau.htm>).

## 1 Aufgabe und Aufbau des Leitfadens

Verfahrenskosten für die beteiligten Unternehmen zu verringern. Aus diesem Grunde werden im Anhang Musterformulare angeboten. Dabei werden nicht alle für die Durchführung eines Vergabeverfahrens benötigten Dokumente als Muster zur Verfügung gestellt,<sup>2</sup> sondern nur solche Dokumente, die bei der Durchführung eines PPP-Vergabeverfahrens besondere Schwierigkeiten aufwerfen können.

---

2 Zu allgemeinen Musterformularen siehe z.B. die Vergabehandbücher des Bundes (VHB) und der Länder oder *Prieß/Hausmann/Kulartz*, Beck'sches Formularbuch Vergaberecht, 2004.

## 2.1. Anwendbarkeit des Vergaberechts

Die Auswahl des privaten Partners hat in einem förmlichen Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung zu erfolgen, wenn die Beauftragung des privaten Partners ein „öffentlicher Auftrag“ im Sinne des GWB-Vergaberechts ist. Das GWB-Vergaberecht<sup>3</sup> findet gemäß § 97 Abs. 1 GWB Anwendung auf die Beschaffung von Waren sowie Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts wird bestimmt durch die beiden Begriffe des öffentlichen Auftraggebers (§ 98 GWB) und des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB). Sofern es sich um Vorhaben handelt, die aufgrund ihrer Gesamtgröße die europäischen Schwellenwerte nicht erreichen und demnach nicht dem Anwendungsbereich des GWB bzw. der VgV unterliegen, sind dennoch vergaberechtliche Vorschriften einzuhalten (im Einzelnen dazu unter 2.1.3). Eindeutig klargestellt hat der EuGH inzwischen, dass das Vergaberecht auch dann greift, wenn an ein Unternehmen der Zuschlag erteilt werden soll, an dem neben privaten Anteilseignern der öffentliche Auftraggeber selbst beteiligt ist.<sup>4</sup> Die bloße gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Vertragspartner schließt damit stets ein vergaberechtsfreies Eigengeschäft (Inhouse-Geschäft) aus.

### 2.1.1. Öffentliche Auftraggeber

Auftraggeber von PPP-Projekten sind in der Regel Bund, Länder oder Kommunen und ihre Zusammenschlüsse mit ihren öffentlichen Sondervermögen und Eigenbetrieben. Diese sind die sog. „klassischen“

---

3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Viertes Teil: Vergabe öffentlicher Aufträge (kurz: GWB-Vergaberecht).

4 EuGH Rs. C-26/03 – Halle

## 2 PPP-Vergabeverfahren

öffentlichen Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 und 2 GWB). Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 GWB umfasst jedoch nicht nur die Gebietskörperschaften.

- Gemäß § 98 Nr. 2 GWB sind alle juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts öffentliche Auftraggeber, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn Gebietskörperschaften sie überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben. In diese Kategorie fallen grundsätzlich auch alle öffentlichen Unternehmen, also gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die mehrheitlich im Staatseigentum stehen. Es ist hinreichend, wenn die juristische Person teilweise – und sei es auch im geringen Umfang – zum Zweck der Erledigung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurde.<sup>5</sup> Nichtgewerblich ist eine Tätigkeit, wenn sie nicht mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird.
- § 98 Nr. 4 GWB bezieht Unternehmen, die in bestimmten Sektoren<sup>6</sup> tätig sind, in den sachlichen Anwendungsbereich des GWB ein, wenn sie staatlich beherrscht sind oder als Private auf der Basis besonderer oder ausschließlicher Rechte ihre Tätigkeit ausüben.
- Nach § 98 Nr. 5 GWB sind auch private Subventionsempfänger als Auftraggeber anzusehen, wenn sie Tiefbaumaßnahmen oder die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden betreiben, sofern diese Maßnahmen zu mehr als 50 % öffentlich finanziert werden.

---

5 EuGH, Slg. 1998, 73, Rs. C-44/96 – Mannesmann.

6 Trinkwasser- und Energie-/Brennstoffversorgung, Häfen, Flughäfen, Eisenbahnen, Personenverkehr.

Von besonderer Relevanz für PPP-Verfahren ist, dass auch der private Partner durch die Beteiligung an einem PPP-Projekt den Status eines öffentlichen Auftraggebers erlangen kann. Denn Vergaberecht gilt nach § 98 Nr. 6 GWB auch für Privatunternehmen, denen eine Baukonzession erteilt wurde. Darüber hinaus könnten „gemischtwirtschaftliche“ Projektgesellschaften (Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft), an die ein PPP-Projekt vergeben wird, an das Vergaberecht gebunden sein, wenn sie selbst die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB erfüllen.

Der private Partner darf allerdings nicht durch den Auftraggeber verpflichtet werden, Bauleistungen, die er an Nachunternehmer vergibt, nach den Vorschriften der VOB/A auszuschreiben (vgl. § 6 Abs. 2 Nr. 3 VgV). Der Auftragnehmer darf, wie nunmehr durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz klargestellt, im Verhältnis zu seinen Nachunternehmern lediglich an die VOB/B gebunden werden.

### 2.1.2. Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 GWB zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche<sup>7</sup>, entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Bei PPP-Vorhaben besteht die Besonderheit, dass ein ganzes Bündel solcher Leistungen zu erbringen ist.

Die Differenzierung zwischen den in § 99 Abs. 1 GWB genannten Vertragsarten ist aus zwei Gründen von Bedeutung:

- Das GWB-Vergaberecht und damit insbesondere die in den §§ 102 ff. GWB vorgesehenen Nachprüfungsmöglichkeiten gelten nur für öffentliche Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte. Diese

---

<sup>7</sup> Ausgenommen öffentlich-rechtliche Verträge, deren Inhalt die Behörde auch per Verwaltungsakt durchsetzen könnte, vgl. hierzu Thüringer OLG, NZBau 2001, 281, 282

## 2 PPP-Vergabeverfahren

sind gemäß § 127 Nr. 1 GWB in der Vergabeverordnung (VgV) festgelegt. Gemäß § 2 VgV gelten für verschiedene Auftragsarten unterschiedliche Schwellenwerte.

- Auf nationaler Ebene gelten für verschiedene Auftragsarten unterschiedliche Verdingungsordnungen. Gemäß § 6 VgV gilt für Bauaufträge die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A). Gemäß § 4 VgV werden Liefer- und Dienstleistungsaufträge von der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) erfasst. Die Vergabe freiberuflicher Leistungen richtet sich nach der VOF (§ 5 VgV).

Die Auftragsarten lassen sich wie folgt definieren:

- Lieferaufträge sind nach § 99 Abs. 2 GWB Verträge zur Beschaffung von Waren durch Kauf, Ratenkauf, Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption. Als „Waren“ sind neben beweglichen Sachen auch unkörperliche Gegenstände wie Strom und Gas anzusehen.
- Bauaufträge gemäß § 99 Abs. 3 GWB sind grundsätzlich alle entgeltlichen Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder Bauwerks. Erfasst sind alle Tätigkeiten, die eine bauliche Anlage betreffen, insbesondere deren Errichtung, Instandhaltung, Renovierung, Änderung oder Beseitigung. Planungsleistungen im Zusammenhang mit baulichen Leistungen, wie z.B. Bauträger- und Leasinggestaltungen, sind ebenfalls Bauleistungen (§ 99 Abs. 3 GWB).
- Dienstleistungsaufträge sind eine Auffangkategorie. Es handelt sich dabei um Verträge über Leistungen, die weder der Beschaffung von Waren dienen, noch Bauaufträge oder Auslobungsverfahren (z.B. Architektenwettbewerb) sind (§ 99 Abs. 4 GWB). Im Bereich von PPP-Vorhaben fallen insbesondere Verträge über Projektierungs- und Planungsleistungen sowie über Betreiber- und Finanzierungsleistungen unter den Begriff des Dienstleistungsauftrags.

Bei PPP-Projekten im öffentlichen Hochbau wird dem Auftragnehmer in der Regel die Planung, der Bau, die Finanzierung, der Betrieb und ggf. die Verwertung einer baulichen Anlage übertragen. Es handelt sich deshalb um so genannte gemischte Verträge. Während die Abgrenzung zwischen Lieferungen und Dienstleistungen nach dem jeweiligen Wert erfolgt, werden Dienst- und Bauleistungen unabhängig vom jeweiligen Wert nach dem Hauptgegenstand des Auftrags abgegrenzt.<sup>8</sup> Umfasst der öffentliche Auftrag neben Dienst- auch Bauleistungen, welche im Verhältnis zum Hauptgegenstand als Nebenarbeiten einzustufen sind, so ist der Auftrag insgesamt als Dienstleistungsauftrag anzusehen (vgl. § 99 Abs. 6 Satz 2 GWB). Demzufolge sind gemischte Verträge als Bauaufträge einzuordnen, sofern die Bauleistungen im Verhältnis zum Hauptgegenstand von mehr als untergeordneter Bedeutung sind. Es bedarf jedoch einer Prüfung des jeweiligen Einzelfalls (s. Kapitel 2.1.4).

Schwierig kann die Abgrenzung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionen sein. Konzessionen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Vergütung für die zu erbringenden Leistungen nicht durch einen öffentlichen Auftraggeber gezahlt wird, sondern durch die privaten Nutznießer der Leistungen. Der öffentliche Auftraggeber räumt dem Konzessionsnehmer (ggf. neben einer Vergütung) das Recht ein, den wirtschaftlichen Wert bestimmter Bau- oder Dienstleistungen exklusiv zu nutzen. Das wirtschaftliche Risiko dieses Nutzungsrechts trägt der Konzessionsnehmer.<sup>9</sup> Beispiele sind der Neu- und Ausbau von Bundesfernstraßen auf der Grundlage einer Gebührenfinanzierung nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz vom 30.08.1994 (sog. F-Modelle) sowie die Konzessionsverträge für den mehrstreifigen Autobahnausbau (sog. A-Modelle).

---

<sup>8</sup> so auch Gesetzesbegründung zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz

<sup>9</sup> Vgl. Definition in § 98 Nr. 6 GWB, § 6 VgV; Art. 1 Abs. 3 VergabeRL 2004/18/EG; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. EG vom 12.04.2000, C 121/3.

## 2 PPP-Vergabeverfahren

PPP-Projektverträge können sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen umfassen. Ein Beispiel hierfür kann die Konzession zur wirtschaftlichen Nutzung eines vom Privaten zu errichtenden und zu betreibenden Schwimmbades sein. Die Vergabe von Baukonzessionen unterliegt lediglich der sinngemäßen Anwendung der VOB/A (§ 32 VOB/A) sowie insbesondere den Regelungen über Nachprüfungsverfahren (§ 102 ff. GWB).<sup>10</sup> Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wird zwar nicht von den europäischen Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfasst; zu beachten sind jedoch die allgemeinen Vergabegrundsätze des EG-Vertrags, d.h. es ist mittels Bekanntmachung ein effektiver Wettbewerb erforderlich unter Beachtung der Grundsätze der Transparenz, Publizität, Nichtdiskriminierung und objektiven Nachprüfbarkeit. Bei gemischten Konzessionsverträgen dürfte der Vertrag insgesamt den Vorschriften zur Vergabe einer Baukonzession unterliegen, wenn die Bauarbeiten von mehr als nur untergeordneter Bedeutung sind oder die Nutzung eines bereits bestehenden Bauwerks vereinbart wird.

Verträge, die ausschreibungspflichtige Leistungen und nicht ausschreibungspflichtige Bestandteile zum Gegenstand haben, sind grundsätzlich insgesamt ausschreibungspflichtig.<sup>11</sup> Das gilt insbesondere für die Veräußerung von Grundstücken oder Gesellschaftsanteilen, die isoliert nicht dem Vergaberecht unterliegen, da sie keine „Beschaffung“ zum Gegenstand haben.

### 2.1.3. Schwellenwerte

Der deutsche Gesetzgeber hat die Geltung der §§ 97 ff. GWB auf Aufträge ab bestimmten Schwellenwerten beschränkt. Die Schwellenwerte für Bau- und Dienstleistungsaufträge ergeben sich aus § 2 Nr. 1 bis 4 VgV. Entsprechend den neuen Vergaberichtlinien wurden die

---

<sup>10</sup> Art. 56 ff. VergabeRL 2004/18/EG.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, 696, 700.

Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge auf EUR 211.000 und für Bauaufträge auf EUR 5.278.000 angehoben.

Der jeweilige Wert eines Auftrags ist vom öffentlichen Auftraggeber nach den Vorgaben des § 3 VgV bei Einleitung des konkreten Vergabeverfahrens umsichtig und sachkundig zu schätzen.<sup>12</sup> Grundsätzlich ist von der voraussichtlichen Gesamtvergütung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Für Bauaufträge muss der Auftragswert des Gesamtauftrags ermittelt werden (§ 3 Abs. 7 VgV, § 1a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A). Dieser umfasst neben dem Wert sämtlicher im Zusammenhang mit dem Vorhaben zu erbringenden Bauleistungen auch Planungsleistungen, sofern sie zusammen mit Ausführungsleistungen in Auftrag gegeben werden. Bei der Berechnung des Gesamtwertes eines Bauauftrags ist insbesondere bei PPP-Projekten auch der Wert der Finanzdienstleistungen für die Bauinvestitionen einzuberechnen.<sup>13</sup> Ob der Wert allgemeiner Dienstleistungen (wie z.B. von Betriebsleistungen) zu berücksichtigen ist, ist durch die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – bislang nicht eindeutig geklärt. Auch wenn manches dafür spricht, den Gesamtauftragswert der Schwellenwertberechnung zugrunde zu legen, ist das wohl durch den Wortlaut von § 3 Abs. 7 VgV nicht gedeckt.

Unterhalb der Schwellenwerte besteht keine europaweite Ausschreibungspflicht. Öffentliche Auftraggeber unterliegen rechtlichen Bindungen, die sich aus dem Haushaltsrecht ergeben. So verlangen § 55 BHO sowie die Haushaltsordnungen der Bundesländer (z.B. § 55 LHO NRW), dass vor dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen

---

<sup>12</sup> Vgl. BayObLG, Beschluss vom 18.06.2002 – Verg 8/02, VergabeR 2002, 657 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2002 – Verg 5/02, VergabeR 2002, 665, 666.

<sup>13</sup> VK Arnsberg, Beschluss vom 07.03.2005 – VK 2/2005; dort wird nicht ausgeführt, wie dieser Wert zu berechnen ist; maßgeblich dürfte der Wert der Gegenleistung für die Finanzierung, also der über die Laufzeit anfallende Zins, einschließlich der mit der Kreditvergabe verbundenen weiteren Kosten sein.

## 2 PPP-Vergabeverfahren

und Leistungen in der Regel eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt wird. Daneben gelten die ersten Abschnitte der VOB/A bzw. der VOL/A (so genannte „Basisparagrafen“).

Das kommunale Haushaltsrecht der Bundesländer sieht für Auftragsvergaben der Kommunen unterhalb der EU-Schwellenwerte unterschiedliche Regelungen vor. So wurden in einigen Bundesländern für diesen Bereich Wertgrenzen für öffentliche Ausschreibungen und freihändige Vergaben festgelegt. In Nordrhein-Westfalen beispielsweise lässt der Runderlass des Innenministers vom 22.03.2006 zu § 25 der Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) wie auch in Bayern die Durchführung einer beschränkten Ausschreibung je nach Art der Leistung bis zu einem bestimmten Auftragswert ohne besondere Einzelbegründung zu. Diese Grenze liegt in beiden Bundesländern für Tiefbauleistungen bei EUR 300.000, für Rohbauarbeiten im Hochbau bei EUR 150.000 und für Ausbaugewerke und sonstige Gewerke im Hochbau sowie für Pflanzungen und Straßenausstattung bei EUR 75.000. Darüber hinaus ist es auch bei allen Liefer- und Dienstleistungen zulässig, bis zu einem Auftragswert von EUR 30.000 ohne besondere Begründung eine freihändige Vergabe durchzuführen.<sup>14</sup>

Daneben gibt es auch Unterschiede im kommunalen Vergaberecht, was die Anwendung der Verdingungsordnungen angeht. In NRW sehen die Vergabegrundsätze für die Kommunen nach § 25 GemHVO vom 22.03.2006 beispielsweise für kommunale Auftraggeber vor, dass bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte, sofern es sich um Bauleistungen handelt, grundsätzlich die VOB/A (1. Abschnitt), sowie die Teile B und C angewendet werden sollen. Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen werden die entsprechenden

---

<sup>14</sup> In den anderen Bundesländern gelten ggf. hiervon abweichende Wertgrenzen.

VOL-Vorschriften (Teile A, 1. Abschnitt, und B) im Gegensatz dazu lediglich zur Vermeidung rechtlicher Risiken empfohlen.

Bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte ist darüber hinaus zu beachten, dass nach Ansicht der Europäischen Kommission auch in diesem Bereich die Grundsätze des primären Gemeinschaftsrechts wie Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitige Anerkennung gelten. Die Europäische Kommission hat am 24.06.2004 „Leitlinien für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit geringem Auftragswert“ veröffentlicht (IP/06/1053).

#### **2.1.4. Entscheidung über die anzuwendende Verdingungsordnung**

PPP-Verträge, die einen Neubau oder umfangreiche Sanierungen umfassen, gelten in aller Regel als Bauaufträge, da die Bauleistungen gemäß § 99 Abs. 6 S. 2 GWB auch bei Verträgen mit bis zu 30-jähriger Laufzeit regelmäßig nicht nur Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptgegenstand und daher von mehr als untergeordneter Bedeutung sind. Maßgeblich sind dann die Bestimmungen der VOB/A. Bei Auftragsvolumina oberhalb der Schwellenwerte sind die sog. „a-Paragraphen“ anwendbar. Sie ergänzen die sog. Basisparagraphen, die auf sämtliche Beschaffungen nach der VOB/A oder der VOL/A Anwendung finden.

Die VOL/A gilt für PPP-Verträge, die auf das Facility Management oder andere Dienstleistungen ausgerichtet sind und soweit etwaige Bauleistungen nur „Nebenarbeiten“ sind (siehe Kapitel 2.1.2). Für die Vergabe von Dienstleistungen nach der VOL/A ist zwischen zwei Kategorien zu differenzieren, die jeweils in Anhang IA und Anhang IB zur VOL/A aufgeführt sind. Dienstleistungen nach Anhang IB, soweit sie vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, sind nach den Basisparagraphen (nationale Vergabeverfahren) zu ver-

geben (vgl. § 1a Nr. 2 (2) VOL/A). Für Dienstleistungen nach Anhang IA VOL/A gilt das Vergaberecht ohne Einschränkungen. Soweit PPP-Verträge nach der VOL/A zu vergeben sind, dürfte regelmäßig der Anhang IA einschlägig sein. Dort sind u.a. Finanz- und Planungsleistungen, Instandhaltung und Reparatur sowie Gebäudereinigung und Hausverwaltung aufgeführt.

## 2.2.Vorbereitung und Konzeption des PPP-Vergabeverfahrens

### 2.2.1. Markterkundung

Bei komplexen, sehr großen und neuartigen Vorhaben ist nicht selbstverständlich, dass und unter welchen Bedingungen sich ein privater Marktteilnehmer finden wird, der bereit ist, das Vorhaben zu realisieren. Möglicherweise hat der Auftraggeber zu wenige Informationen über die Marktverhältnisse, um die Vorbereitungen für ein erfolgreiches Vergabeverfahren treffen zu können. Unter diesen Umständen kann es sinnvoll oder geboten sein, die Marktfähigkeit des Projekts zu überprüfen.<sup>15</sup>

Der Auftraggeber kann potenzielle Bieter in einem informellen Markterkundungsverfahren befragen, zu welchen Konditionen sie sich an einem PPP-Vorhaben beteiligen würden. Dazu gibt der Auftraggeber den potentiellen Bietern in einem Informationsmemorandum

---

15 Die „ersten Schritte“ zur Vorbereitung eines PPP-Vergabeverfahrens sind im Einzelnen in dem Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau - Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeiten“ (April 2005) der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen dargelegt (<http://www.ppp.nrw.de>). Vertiefende Hinweise finden sich auch in dem Gutachten „PPP im öffentlichen Hochbau“, das im Auftrag des Lenkungsausschusses „PPP im öffentlichen Hochbau“ im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung erstellt wurde (<http://www.ppp-bund.de/hochbau.htm>).

den Projektgegenstand und die bislang bekannten wesentlichen Rahmenparameter bekannt. Die Interessenten können z.B. befragt werden, ob sie zu einer bestimmten technischen Ausführung in der Lage sind oder welche Betriebs- oder Finanzierungsvarianten sie favorisieren würden. Der Auftraggeber kann die Interessenten auch um unverbindliche Kostenschätzungen bitten, sofern er diese Angaben für realistische Haushaltsansätze und -planungen benötigt. Markterkundungsverfahren können auch parallel zur Erstellung der Vergabeunterlagen erfolgen, so dass Korrekturen an der Leistungsbeschreibung noch vor Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgenommen werden können.

Die Durchführung einer Marktstudie dürfte sich jedoch nur ausnahmsweise anbieten, wenn bei technisch und wirtschaftlich anspruchsvollen Vorhaben keine Erfahrungen darüber vorliegen, ob Private die betreffenden Aufgaben überhaupt bewältigen können oder wollen, ob hinsichtlich des Auftragsgegenstandes also ein Markt besteht. Bei einem PPP-Schulmodell wäre das angesichts der bereits bestehenden Erfahrungen keine Frage; bei einem PPP-Modell, das z.B. eine Justizvollzugsanstalt betrifft, möglicherweise schon.

Eine Markterkundung ist nur als Vorstufe und zur Vorbereitung eines Vergabeverfahrens zulässig. Wird eine Marktstudie durchgeführt, so ist dieser Vorgang klar von dem anschließenden Vergabeverfahren zu trennen. Die Marktstudie darf insbesondere nicht dazu dienen, vorab einen Preisvergleich hinsichtlich der Leistungen durchzuführen, die anschließend ausgeschrieben werden. Denn das verstieße gegen das Verbot einer Ausschreibung für vergabefremde Zwecke (§ 16 Nr. 2 VOB/A, § 16 Nr. 2 VOL/A). Das Vergabeverfahren muss aus Gründen des Vertrauensschutzes zugunsten der beteiligten Unternehmen ernsthaft auf das Ziel der Auftragserteilung ausgerichtet sein.

## 2 PPP-Vergabeverfahren

Im übrigen ist sicherzustellen, dass die an der Markterkundung beteiligten Unternehmen nicht zu wettbewerbswidrig bevorteilten „Projektanten“ i.S.d. § 4 Abs. 5 VgV werden. Ggf. ist es zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen dienlich, die Ergebnisse der Markterkundung (abgesehen von ersten Preisschätzungen) allen Bietern im Vergabeverfahren offen zu legen.

### 2.2.2. Interessenbekundungsverfahren

Das haushaltsrechtliche „Interessenbekundungsverfahren“ dient ähnlich wie das Markterkundungsverfahren der Feststellung, ob ein Projekt durch private Unternehmen oder die öffentliche Hand ausgeführt werden sollte; es ist aber stärker formalisiert als dieses. § 7 Abs. 2 BHO regelt: „Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Dabei ist auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen.“ In geeigneten Fällen soll privaten Anbietern in einem Interessenbekundungsverfahren die Möglichkeit gegeben werden, darzulegen, dass sie die betreffende Aufgabe ebenso gut oder besser erbringen können als der Staat. § 7 Abs. 2 BHO ist somit auch eine gesetzliche Grundlage für die Berücksichtigung von Risiken im Wirtschaftlichkeitsvergleich.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. den Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ der Finanzministerkonferenz (Federführung NRW) gemeinsam mit dem Bund, September 2006, sowie die „Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Hochbau-Projekte in NRW“, Februar 2005 (beide abzurufen unter <http://www.ppp.nrw.de/>).

Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind „mittelständische Interessen [...] vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.“ PPP-Modelle nach dem ganzheitlichen Lebenszyklus-Ansatz sehen in aller Regel dagegen eine einheitliche vertragliche Bindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Partner über sämtliche wesentliche Leistungsbestandteile für ein Projekt vor. Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb sowie ggf. die Verwertung werden mit einem einheitlichen Vertrag geregelt. Eine Aufteilung in die genannten Leistungsbestandteile und darüber hinaus insbesondere im Bereich der Bauleistungen in verschiedene Gewerke ist den hier zu betrachtenden PPP-Modellen fremd. Das bedeutet jedoch nicht, dass PPP-Vorhaben grundsätzlich mit den mittelstandsschützenden Regelungen des Vergaberechts unvereinbar sind. Nach der deutschen vergaberechtlichen Rechtsprechung ist der Verzicht auf eine losweise Vergabe dann grundsätzlich zulässig, wenn sich nicht etwa der Auftraggeber durch die Zusammenfassung von Leistungen der Schwierigkeit entzieht, verschiedene Leistungen zu koordinieren, sondern wenn vielmehr die Reibungslosigkeit und Effizienz der Ausführung der Leistungen selbst das entscheidende Kriterium für die Abweichung vom Grundsatz der Losvergabe ist.<sup>17</sup> Die Realisierung von PPP-Projekten im zugrunde gelegten ganzheitlichen Sinne bedingt einen erheblichen, deutlich über das normale Maß hinausgehenden Koordinierungsbedarf bei der Ausführung der Leistungen selbst. Zu bewältigen ist nicht nur die Koordinierung der einzelnen Gewerke mit zunehmendem Fortschritt des Projekts, sondern auch die Abstimmung der einzelnen Projektphasen (planen, bauen, finanzieren, nutzen/betreiben, verwerten). Eine Aufteilung der zu vergebenden Gesamtleistung in Fachlose auf der ersten Ebene, die

---

<sup>17</sup> Vgl. *Hausmann/Mutschler-Siebert* in: *Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership*, S. 274, LG Hannover, EuZW 1997, 638 (640)

### 3 Losweise Vergabe

sich nach den einzelnen Leistungsbestandteilen (Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb) richten, widerspricht dem ganzheitlichen Lebenszyklus-Ansatz von PPP-Vorhaben. Ziel der Partnerschaft ist insbesondere die Integration der Projektphasen eines Vorhabens in der ganzheitlichen Verantwortung eines Vertragspartners, um Planung, Bau, Finanzierung, Nutzung, Betrieb und ggf. Verwertung technisch und wirtschaftlich miteinander zu verknüpfen. Die Zerlegung eines PPP-Modells in Fachlose würde diesen Zweck regelmäßig konterkarieren. Anders ist (bei dafür geeigneten Projekten) die Aufteilung in „vertikale Mengenlose“ zu beurteilen. Umfasst ein Vorhaben mehrere eigenständige Einheiten, bezüglich derer jeweils alle Phasen der PPP durchlaufen werden sollen, so widerspricht eine Aufteilung der Gesamtmenge in mittelstandsfreundliche Teillose (z.B. Sanierung und Betrieb dreier von insgesamt fünf Sporthallen) nicht dem Lebenszyklusansatz. Eine solche Aufteilung sollte daher, soweit sich das Projekt auch aus wirtschaftlicher Sicht für eine vertikale mengenmäßige Aufteilung anbietet, vorgenommen werden.

Mittelständische Interessen können und sollten bei PPP-Vergaben insbesondere durch eine, wenn möglich, sachgerechte, mittelstandsfreundliche vertikale Loseilung berücksichtigt werden. Ferner hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass bei Nachunternehmervergaben durch den PPP-Auftragnehmer die Nachunternehmer keinen schlechteren Bedingungen ausgesetzt werden als der PPP-Auftragnehmer. Dazu ist in § 6 Abs. 2 Nr. 3 VgV klargestellt, dass bei der Weitervergabe von Bauleistungen nur die Bestimmungen des Teils B der VOB zugrunde zu legen sind.<sup>18</sup>

---

18 Vgl. hierzu Ziff. 2.1.1. und 7.5

§ 101 Abs. 1 GWB nennt abschließend als Verfahrensarten der Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte (vgl. § 100 Abs. 1 GWB, § 2 VgV) das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und den Wettbewerblichen Dialog. Unterhalb der Schwellenwerte stehen als Verfahrensarten die Öffentliche Ausschreibung, die Beschränkte Ausschreibung und die Freihändige Vergabe zur Verfügung (vgl. § 3 VOB/A, VOL/A). Die Vergabearten unterscheiden sich durch den Grad der Förmlichkeit des Verfahrens und der Teilnahmemöglichkeit der interessierten Unternehmen. Für alle Vergabeverfahrensarten gelten die Verfahrensgrundsätze der nicht diskriminierenden und transparenten Auftragsvergabe im Wettbewerb.

Das Vergabeverfahren beginnt bei Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte mit der Bekanntmachung im Amtsblatt der EG. Die Bekanntmachung muss die in den Verdingungsordnungen genannten notwendigen Informationen enthalten.

#### **4.1. Offenes Verfahren / Öffentliche Ausschreibung**

Beim Offenen Verfahren / der Öffentlichen Ausschreibung wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Kennzeichnend für dieses Verfahren ist dessen schematisch vorgegebener Ablauf und dessen besondere Formstrenge. Diese Formstrenge bedingt, dass die Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist inhaltlich nicht veränderbar sind. Gerade das ist aber häufig unerlässlich bei PPP-Vorhaben, bei denen die technischen und architektonischen Lösungen sowie die wechselseitigen Vertragspflichten, insbesondere im Hinblick auf die Risikoverteilung

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

im Vergabeverfahren schrittweise ausgehandelt werden müssen. Das Offene Verfahren kommt deshalb allenfalls für PPP-Vorhaben in Betracht, die so einfach strukturiert sind, dass der Auftraggeber die Anforderungen an die Angebote vorab abschließend und umfassend in der Leistungsbeschreibung und im PPP-Vertrag festlegen kann. Die Leistungsbeschreibung ist maßgeblich für den Inhalt der Angebote. Ein Beispiel für ein derartiges PPP-Vergabeverfahren kann etwa die Auswahl eines privaten Partners zur Sanierung und zum anschließenden Betrieb einer kleineren Sportanlage für den Breitensport sein.

### 4.2. Nichtoffenes Verfahren / Beschränkte Ausschreibung

Das Nichtoffene Verfahren / die Beschränkte Ausschreibung entspricht in der Formstrenge dem Offenen Verfahren. Der wesentliche Unterschied zum Offenen Verfahren liegt darin, dass der Angebotsphase ein Teilnahmewettbewerb vorausgeht, in dem der Auftraggeber unter den Bewerbern die geeigneten Bewerber auswählt und nur diese dann zur Angebotsabgabe auffordert. Wie beim Offenen Verfahren sind die Angebote inhaltlich nicht verhandelbar.

Kann ein Auftraggeber die Anforderungen an das Angebot des privaten Partners detailliert und umfassend beschreiben, so kann die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens recht- und zweckmäßig sein. Denn das Nichtoffene Verfahren ist zulässig, wenn das Offene Verfahren für den Auftraggeber oder die Bieter einen unangemessenen Aufwand verursachen würde oder wenn nur ein begrenzter, vorab auszuwählender Kreis von Unternehmen zur Auftrags erledigung geeignet ist (§ 3a Nr. 3, § 3 Nr. 3 VOB/A, § 3 Nr. 3 VOL/A). Gerade bei PPP-Vorhaben ist häufig mit einem erheblichen Aufwand bei der Angebotserstellung sowie bei der Prüfung und Wertung der Angebote zu rechnen. Das Nichtoffene Verfahren kann bei nicht sehr komplexen

PPP-Vorhaben sachgerecht und zweckmäßig sein, da es für den Auftraggeber und die Bieter einen grundsätzlich geringeren Aufwand verursacht als das Verhandlungsverfahren oder der Wettbewerbliche Dialog.

### 4.3. Wettbewerblicher Dialog

Der Gesetzgeber hat mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz die neue Verfahrensart des „Wettbewerblichen Dialogs“ eingeführt (§ 101 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. § 6a VgV). In einem Wettbewerblichen Dialog wird ein besonders komplexer Auftrag in einem gestuften Verfahren vergeben. Dieses Verfahren wurde in anderen EU-Mitgliedstaaten bereits für PPP-Vorhaben eingesetzt,<sup>19</sup> und es ist nach Auffassung der Europäischen Kommission<sup>20</sup> insbesondere für PPP-Vorhaben geeignet. Bislang wurden Angebote für komplexe PPP-Vorhaben in Deutschland zumeist im Verhandlungsverfahren ausgewählt (vgl. dazu Kapitel 4.4).

#### 4.3.1. Wettbewerblicher Dialog für besonders komplexe PPP-Vorhaben

Voraussetzung für die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs ist, dass ein „besonders komplexer Auftrag“ vergeben werden soll (§ 101 Abs. 5 S. 1 GWB). Ein Auftrag gilt als besonders komplex, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist,

- die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können, oder

---

19 Z.B. Krankenhausprojekt Centre Hospitalier Sud-Francilien in Corbeil-Essonne, Frankreich; Coentunnel in den Niederlanden, vgl. Freshfields Bruckhaus Deringer (ed.), PPP in Europe, 2nd edition, November 2005, pp. 19, 84 (<http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2005/13502.pdf> (02.02.2006)).

20 Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.04.2004, KOM(2004) 327 endg., Rn. 13, 25 ff.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

- die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben (§ 6a Abs. 1 Nr. 1 VgV).

Die Auftraggeber dürften bei komplexen PPP-Vorhaben, denen der Lebenszyklusansatz zugrunde liegt, häufig objektiv nicht in der Lage sein, vorab die „finanziellen Bedingungen des Vorhabens“ anzugeben. Denn dazu müssten sie die finanziellen Bedingungen, unter denen die Angebote zu erstellen sind, so detailliert angeben, dass die beteiligten Kreditinstitute ohne eigene Nachforschungen und Berechnungen eine Finanzierung des PPP-Vorhabens verbindlich zusagen könnten. Rechtlich oder finanziell komplex wäre z.B. auch eine Situation, in der der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen kann, ob die Auftragnehmer bereit sind, ein wirtschaftliches Risiko zu tragen.<sup>21</sup>

Es erscheint fraglich, ob eine objektive Unmöglichkeit, die technischen Bedingungen der Auftragserledigung anzugeben, schon vorliegt, wenn der Auftraggeber eine solche Leistungsbeschreibung nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand erstellen könnte. Denn so würden diese Lasten schlicht auf die Bieter verlagert. Entscheidend ist wohl vielmehr, dass der Auftraggeber eine sachgerechte Lösung für eine komplexe Aufgabe nicht ohne geeignete Bieter finden kann.

Unter einer „objektiven Unmöglichkeit“ ist eine Situation zu verstehen, die dem Auftraggeber nicht anzulasten ist. Wäre er mit zumutbarem Aufwand in der Lage, die erforderlichen technischen Mittel bzw. die rechtlich/finanzielle Konstruktion festzulegen, so darf er nicht auf den Wettbewerblichen Dialog zurückgreifen. Beispielsweise könnte in einem Wettbewerblichen Dialog zu ermitteln sein, welche Methode des Bauens auf unsicherem Grund im konkreten Fall die „beste“ und

---

<sup>21</sup> So auch die Erläuterungen der Europäischen Kommission zum Wettbewerblichen Dialog, CC/2005/04\_rev1 vom 05.10.2005, Ziff. 2.3.

wirtschaftlichste Lösung ist. Gerade bei komplexen PPP-Vorhaben, bei denen Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung aufeinander abgestimmt sind, dürfte es für den Auftraggeber häufig unmöglich sein, die am Markt verfügbaren Lösungen und vom Markt zu realisierenden Möglichkeiten zu antizipieren und im Rahmen eines „Leistungsverzeichnisses“ optimiert zu formulieren. Liegt ein solcher Fall vor, dürften die Anwendungsvoraussetzungen des Wettbewerblichen Dialogs gegeben sein.

Die Gründe für die Durchführung des Wettbewerblichen Dialogs müssen im Vergabevermerk sorgfältig dokumentiert werden (vgl. Musterformular 13.1).

§ 6a VgV normiert die Verfahrensstufen des Wettbewerblichen Dialogs. Im Übrigen gelten die Verweise in der Vergabeverordnung auf die Verdingungsordnungen. Die Vergabe eines Bauauftrags im Wettbewerblichen Dialog beispielsweise richtet sich nach der VOB/A. Die Vorschriften der Verdingungsordnungen gelten allerdings nur, soweit § 6a VgV keine spezielleren und von den Verdingungsordnungen abweichenden Bestimmungen enthält und soweit die Vorschriften der Verdingungsordnungen dem Sinn und Zweck des Wettbewerblichen Dialogs nicht entgegenstehen. Beispielsweise gelten die Bestimmungen zur Aufklärung des Angebotsinhalts (§ 24 VOB/A, § 24 VOL/A) nicht. Es gelten aber insbesondere die Vorschriften betreffend der Angebotswertung (§ 25 VOB/A, § 25 VOL/A).

---

22 Art. 43 lit. g VergabeRL 2004/18/EG, § 30a VOB/A.

23 § 6 VgV; a.A. *Ollmann*, VergabeR 2005, 685, 686, der ohne Begründung davon ausgeht, dass die Bestimmungen der Verdingungsordnungen für den Wettbewerblichen Dialog nicht gelten.

### 4.3.2. Ablauf des Wettbewerblichen Dialogs

- 1. Bekanntmachung, ggf. mit Beschreibung der Angebotsanforderungen**
- 2. Teilnahmewettbewerb**
- 3. Dialogphase**
  - a. Aufforderung zur Teilnahme am Dialog
  - b. Auswahl von Lösungsvorschlägen
- 4. Förmlicher Abschluss der Dialogphase**
- 5. Angebotsphase**
  - a. Abgabe endgültiger Angebote
  - b. ggf. Präzisierungen / Klarstellungen / Ergänzungen zu den Angeboten
  - c. Angebotswertung
  - d. ggf. Erläuterungen weiterer Einzelheiten des wirtschaftlichsten Angebots oder Bestätigung von Zusagen
- 6. Zuschlagserteilung**

#### 1. Bekanntmachung

Zunächst hat der Auftraggeber eine Bekanntmachung zu veröffentlichen, mit der er zur Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog auffordert und den Auftragsgegenstand, die Anforderungen an die Teilhmanträge sowie die Zuschlagskriterien angibt. Zudem sind in der Bekanntmachung die Bedürfnisse des Auftraggebers und die Anforderungen an die Angebote bekannt zu geben. Die Anforderungen

an die Angebote können vage gehalten werden, sofern der Auftraggeber zu einer genauen Beschreibung in der Bekanntmachung nicht in der Lage ist. Es empfiehlt sich aber, die inhaltlichen Anforderungen an die Angebote möglichst umfassend und genau zu beschreiben. Hierzu bietet sich die Erstellung eines Informationsmemorandums zum Projekt an, das auf Anforderung an die interessierten Unternehmen versendet wird.

Sofern die Anforderungen an die Angebote nicht in der Bekanntmachung näher erläutert werden, hat das in einer „Beschreibung“ zu geschehen. Die Beschreibung ist grundsätzlich mit der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog zu übersenden.

Aufgabe einer Beschreibung ist eine so eindeutige und erschöpfende Darstellung der nachgefragten Leistung, dass die Bewerber sämtliche für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können. Sowohl der Zweck der Leistung als auch die an die Leistung gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen sind anzugeben.<sup>24</sup> Denn nur wenn die Beschreibung die zu erbringende Leistung zumindest funktional hinreichend präzise umschreibt, verstehen alle Teilnehmer am Vergabeverfahren die Beschreibung im gleichen Sinne und nur dann geben sie vergleichbare Lösungsvorschläge bzw. Angebote ab. Der Auftraggeber muss den Teilnehmern am Vergabeverfahren deshalb eine (Leistungs-) Beschreibung vorgeben, in der die wichtigsten Mindestanforderungen und die Eckdaten des PPP-Vorhabens beschrieben sind (sog. funktionale Leistungsbeschreibung, vgl. Kapitel 8.1). Von der Bekanntmachung und der Beschreibung, vor allem aber von den Mindestanforderungen, darf im Verlaufe des Verfahrens nicht abgewichen werden; zulässig sind grundsätzlich nur Konkretisierungen.

---

24 Vgl. § 9 Nr. 11 Abs. 1 VOB/A.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

Falls der Auftraggeber verschiedene Dialogphasen vorsieht, in denen er die Anzahl der Dialogteilnehmer sukzessive anhand der eingereichten Lösungsvorschläge verringert, hat er das in der Bekanntmachung oder der Beschreibung anzugeben (§ 6a Abs. 4 S. 1 VgV). Des Weiteren sind spätestens in der Beschreibung die Zuschlagskriterien anzugeben, die er der Auswahl der Angebote zugrunde legt. Die Zuschlagskriterien sind nach ihrer Gewichtung oder zumindest in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung anzugeben.<sup>25</sup>

#### 2. Teilnahmewettbewerb

Sodann ist gemäß § 101 Abs. 5 S. 2 GWB ein Teilnahmewettbewerb durchzuführen (vgl. dazu im Einzelnen Kapitel 7). Die Prüfung der Eignung der Bewerber erfolgt anhand der in der Bekanntmachung angegebenen Eignungskriterien, die im Hinblick auf die Anforderungen an die Auftragserledigung zu bestimmen sind.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die zu erbringende Leistung zum Zeitpunkt der Bekanntmachung wegen der noch zu konkretisierenden Leistungsbeschreibung nur in Ansätzen feststeht. Beabsichtigt ein Auftraggeber beispielsweise, eine Verkehrsverbindung zwischen zwei Ufern eines Flusses errichten zu lassen, so kann klärungsbedürftig sein, ob eine Brücke oder ein Tunnel vorzugswürdig ist. Bei der Beschaffung von öffentlichem Parkraum kann ein oberirdisches Parkhaus oder eine Tiefgarage infrage kommen. Der Auftraggeber sollte die Eignungsnachweise deshalb so festlegen, dass alle denkbaren Auftragsarbeiten abgedeckt sind, also im Fall der o.g. Beispiele Brücken- und Tunnelbau bzw. Hoch- und Tiefbau.

---

<sup>25</sup> Art. 53 Abs. 2, Art. 40 Abs. 5 lit. e VergabeRL 2004/18/EG. Das alleinige Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ ist unzulässig, Art. 29 Abs. 1 Uabs. 2 Vergabe RL 2004/18/EG.

### 3. Dialogphase

Gemäß § 6a Abs. 3 S. 1 und 2 VgV darf der Auftraggeber im Anschluss an den Teilnahmewettbewerb mit jedem ausgewählten Unternehmen einen Dialog eröffnen, in dem er ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. In diesem Dialog reichen die Teilnehmer ihre Lösungsvorschläge ein. Mit den ausgewählten Unternehmen (mindestens drei, sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen<sup>26</sup>) können die Einzelheiten des Auftrags erörtert werden.

#### a. Aufforderung zur Teilnahme am Dialog

Eingeleitet wird die Dialogphase durch die Aufforderung zur Teilnahme am Dialog. Die Aufforderung muss einen Hinweis auf die Bekanntmachung, Zeit und Ort des Beginns der Dialogphase, die verwendete Sprache sowie eine Bezeichnung der Unterlagen enthalten, die den Lösungsvorschlägen beizufügen sind.<sup>27</sup>

Zudem ist grundsätzlich bereits mit der Aufforderung zur Teilnahme die Beschreibung der zu erbringenden Leistung zu übermitteln (vgl. dazu Kapitel 8.1).<sup>28</sup> Eine Ausnahme besteht allenfalls in dem besonderen und eher untypischen Fall, dass für die Dialogphase noch keine Reduktion der zu erörternden Lösungen vorgesehen ist. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Auftraggeber mangels erforderlicher Kenntnisse nicht in der Lage ist, eine hinreichend bestimmte funktionale Leistungsbeschreibung zu erstellen. Unter dieser Voraussetzung wird er die Teilnehmer am Dialog nicht auffordern, sogleich schriftliche Lösungsvorschläge einzureichen, die er als Grundlage von ersten Auswahlentscheidungen verwenden kann, sondern er muss im mündlichen

---

26 So auch die Erläuterungen der Europäischen Kommission zum Wettbewerblichen Dialog, CC/2005/04\_rev1 vom 05.10.2005, Ziff. 3.1.

27 Art. 40 Abs. 5 VergabeRL 2004/18/EG.

28 Das ergibt sich aus Art. 40 Abs. 2 VergabeRL 2004/18/EG und aus § 6a Abs. 4 S. 1 VgV.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

Verfahren zunächst das erforderliche Know-how erwerben, um eine Leistungsbeschreibung verfassen zu können.

In aller Regel müsste jedoch mit der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog eine hinreichend bestimmte funktionale (Leistungs-) Beschreibung mit klaren inhaltlichen Mindestanforderungen für die Angebote übermittelt werden, um darauf basierende schriftliche Lösungsvorschläge zu verlangen. Es trägt regelmäßig zur Verfahrenseffizienz bei, wenn etwaigen Dialoggesprächen bereits schriftliche Lösungsansätze zugrunde liegen. Des Weiteren kann der Auftraggeber nur auf der Grundlage einer solchen (Leistungs-) Beschreibung detaillierte Anforderungen an die Lösungsvorschläge festlegen. Das ist wiederum die Voraussetzung dafür, dass bereits in der Dialogphase eine erste Selektion der eingereichten Lösungsvorschläge anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien erfolgen kann. Die Leistung und die Anforderungen an die Lösungsvorschläge sollten so konkret und umfassend beschrieben sein, dass die Lösungsvorschläge etwa bereits eine Baubeschreibung mit Raumprogramm und vergleichbare Angaben zu den erforderlichen Dienstleistungen sowie eine Preisangabe enthalten müssen. Auch die Europäische Kommission geht davon aus, dass die Beschreibung „im Normalfall“ zu Beginn der Dialogphase feststeht und im Laufe des Verfahrens nicht mehr konkretisiert oder ergänzt wird.<sup>29</sup>

Die in der Bekanntmachung oder zu Beginn der Dialogphase mitgeteilten Zuschlagskriterien und Mindestanforderungen dürfen während des gesamten Verfahrens nicht geändert werden.<sup>30</sup>

Werden die Dialogpartner aufgefordert, auf der Grundlage der (Leistungs-) Beschreibung schriftliche Lösungsvorschläge zu

---

29 Erläuterungen der Europäischen Kommission zum Wettbewerblichen Dialog, CC/2005/04\_rev1 vom 05.10.2005, Ziff. 3.3.

30 VK Düsseldorf, Beschl. v. 11.08.2006, VK – 30/2006-L.

unterbreiten, so sind Form, Ort und Frist für die Einreichung dieser Lösungsvorschläge anzugeben.

Zur Gewährleistung des Geheimwettbewerbs ist der Dialog mit jedem Teilnehmer einzeln und allein im Hinblick auf die Lösungsvorschläge des betreffenden Unternehmens zu führen. Bei diesen Gesprächen ist stets der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten. Die Gespräche sind parallel und zu den gleichen Bedingungen zu führen. Gemäß § 6a Abs. 3 VgV dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nur mit dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergegeben werden. Es dürfte mit dem Diskriminierungsverbot im Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 2 GWB) nicht vereinbar sein, wenn der Auftraggeber die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen an andere Bieter zur Bedingung der Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog macht.

#### **b. Auswahl von Lösungsvorschlägen**

Die Auftraggeber können in der Bekanntmachung oder der Beschreibung vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Mindestanforderungen für die zu erbringende Leistung und nach Maßgabe der Zuschlagskriterien zu verringern (§ 6a Abs. 4 S. 1 VgV).

Hat der Auftraggeber mit der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog bereits eine hinreichend bestimmte funktionale (Leistungs-) Beschreibung übermittelt, so werden auch die eingereichten Lösungsvorschläge so ausgearbeitet sein, dass sie nach Maßgabe der Zuschlagskriterien nachvollziehbar gewertet und verglichen und in eine Rangfolge gebracht werden können.

Der Auftraggeber hat die Unternehmen, deren Lösungen nicht für die nächstfolgende Dialogphase vorgesehen sind, darüber zu

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

informieren (§ 6a Abs. 4 S. 3 VgV). Diese Mitteilung sollte aus Gründen der Transparenz und Rechtssicherheit unbedingt schriftlich und unverzüglich erfolgen und auch eine angemessene und nachvollziehbare Begründung enthalten. Weiterhin verlangt der Transparenzgedanke des Vergaberechts, dass den Dialogpartnern jeweils vorab Inhalt und Ablauf der Dialogrunde bekannt gegeben werden.

Ferner ist sicherzustellen, dass bis zum Abschluss der Dialogphase noch so viele Lösungsvorschläge vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, sofern eine ausreichende Zahl von Lösungen vorliegt.<sup>31</sup>

Der Auftraggeber sollte seine bisherige Leistungsbeschreibung klarstellen und die Anforderungen an die Lösungsvorschläge konkretisieren, falls die eingereichten Lösungsvorschläge nicht geeignet sind, seinen Beschaffungsbedarf zu befriedigen. Der Auftraggeber sollte die Teilnehmer sodann auffordern, auf der Grundlage der modifizierten Anforderungen erneut Lösungsvorschläge einzureichen. Findet sich unter den eingereichten Lösungsvorschlägen wiederum kein den Anforderungen des Auftraggebers entsprechender Lösungsansatz, so dürfte der Wettbewerbliche Dialog in der Regel gescheitert sein.<sup>32</sup> In diesem Fall besteht keine gesonderte Schadensersatzpflicht des Auftraggebers wegen der Aufhebung des Verfahrens.

---

<sup>31</sup> Art. 44 Abs. 4 VergabeRL 2004/18/EG, § 3a Abs. 4 VOB/A.

<sup>32</sup> Der Auftraggeber kann das Verfahren in diesem Fall aufheben (§ 26 Nr. 1a VOB/A) und unter den Voraussetzungen des § 3a Nr. 5 VOB/A ein Verhandlungsverfahren einleiten. Art. 30 Abs. 1a VergabeRL 2004/18/EG sieht die Überleitung vom Wettbewerblichen Dialog zum Verhandlungsverfahren ausdrücklich vor, falls im Wettbewerblichen Dialog keine annehmbaren Angebote abgegeben wurden und die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden. Art. 30 Abs. 1a VergabeRL 2004/18/EG wurde allerdings nicht ins deutsche Vergaberecht umgesetzt.

#### **4. Förmlicher Abschluss der Dialogphase**

Der Auftraggeber hat die Dialogpartner über den Erfolg oder Misserfolg des Dialogs zu informieren und den Dialog förmlich für abgeschlossen zu erklären (§ 6a Abs. 5 S. 1 VgV). Die Information sollte unverzüglich und in Textform erfolgen. Falls keine Lösung gefunden werden konnte, ist es aufgrund des Transparenzgrundsatzes geboten, dass allen Teilnehmern am Dialog in Textform begründet wird, warum ihre jeweilige Lösung nicht den Bedürfnissen des Auftraggebers entspricht.

Die Dialogphase sollte nicht für abgeschlossen erklärt werden, bevor der Auftraggeber eine hinreichend konkrete und verbindliche Aufforderung zur Angebotsabgabe formulieren kann. Denn nach der Angebotsabgabe sind wesentliche Änderungen der Angebote und damit des Auftragsgegenstandes nicht mehr zulässig. Der Auftraggeber kann lediglich verlangen, dass „Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten gemacht werden“, § 6a Abs. 5 S. 4 VgV.

#### **5. Angebotsphase**

##### **a. Abgabe endgültiger Angebote**

Zeitgleich mit dieser Information an die Dialogpartner oder unmittelbar im Anschluss daran hat der Auftraggeber die Unternehmen zur Abgabe eines endgültigen Angebots aufzufordern. Die endgültigen Angebote sind „auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen“ zu erstellen (§ 6a Abs. 5 S. 2 VgV).

Die VgV enthält im Übrigen keine ausdrücklichen Bestimmungen zu den Anforderungen an die Angebotsaufforderung. Es ergibt sich aus dem Gesetzestext lediglich, dass die Angebote alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten müssen, so dass eine Änderung grundlegender Elemente des

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

Angebots nach Angebotsabgabe nicht mehr erforderlich ist. Der Auftraggeber kann verlangen, dass „Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen“ zu den endgültigen Angeboten gemacht werden (§ 6a Abs. 5 S. 4 VgV). Die Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen dürfen aber keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder die diskriminierend wirken könnten (§ 6a Abs. 5 S. 3 bis 5 VgV). Das Angebot muss demnach „endgültig“, aber noch nicht vollständig verbindlich und annahmefähig sein.

Im Interesse der Verfahrenseffizienz empfiehlt es sich grundsätzlich, den Bietern keine umfangreichen Vorbehalte für ihre endgültigen Angebote mehr zu erlauben. Das bedeutet auch, dass der Inhalt des mit dem jeweiligen Teilnehmer gemeinsam im Dialog erarbeiteten PPP-Vertrags zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe der endgültigen Angebote nach Möglichkeit feststehen sollte. Nach Angebotsabgabe sollten im Wesentlichen nur noch redaktionelle Änderungen der Angebote und des PPP-Vertragsentwurfs erforderlich sein. Die mit dem endgültigen Angebot vorzulegende, verbindliche Finanzierungszusage sollte nur noch unter dem Vorbehalt einer zufrieden stellenden Banken-Due Diligence für die Bereiche Technik, Recht und Wirtschaftlichkeit gestellt werden. Der Wegfall des Vorbehalts sollte nicht unter der Bedingung einer Vertrags- oder Leistungsanpassung stehen dürfen.

Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind unbedingt die Angebotsfrist und die Adresse für die Angebotsabgabe anzugeben. Die Fristen müssen angemessen sein und dürfen insbesondere nicht diskriminierend wirken.

Hat der Auftraggeber den Teilnehmern nicht bereits für die Erstellung der Lösungsvorschläge eine hinreichend bestimmte Beschreibung mit einheitlichen Mindestanforderungen vorgegeben, so sollte er der Aufforderung zur Abgabe eines endgültigen

Angebots eine konkretisierte (Leistungs-) Beschreibung beifügen. Denn der Auftraggeber muss sicherstellen, dass die endgültigen Angebote nach Maßgabe der Zuschlagskriterien miteinander vergleichbar sind. Bei der Ergänzung der Beschreibung in diesem späten Verfahrensstadium ist allerdings mit höchster Sorgfalt darauf zu achten, dass keine Bieterrechte verletzt werden. Der Auftraggeber darf keine Informationen aus den Lösungsvorschlägen an die Wettbewerber weitergeben, wenn diesen daraus ein Wettbewerbsvorteil erwachsen könnte (§ 6a Abs. 3 S. 4 VgV).

Vertrauliche Informationen oder Lösungsvorschläge dürfen allenfalls dann weitergegeben werden, wenn der betreffende Verfahrensteilnehmer hierzu seine Zustimmung erteilt hat (§ 6a Abs. 3 S. 5 VgV). Die Weitergabe von Betriebsgeheimnissen ist grundsätzlich untersagt (Art. 6 VergabeRL 2004/18/EG).

Es sind grundsätzlich so viele Unternehmen zur Abgabe eines verbindlichen Angebots aufzufordern, dass ein echter Vergabewettbewerb gewährleistet ist. Die Zahl der aufgeforderten Unternehmen sollte deshalb nicht unter drei liegen. Diese Maßgabe steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass eine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bewerbern vorliegt.<sup>33</sup>

## **b. Präzisierungen / Klarstellungen / Ergänzungen zu den Angeboten**

Die endgültigen Angebote dürfen nur noch unwesentlich durch Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen geändert werden (§ 6a Abs. 5 S. 4 VgV). Es dürfen nur Gestaltungsspielräume ausgenutzt werden, die im Rahmen der Angebotsaufforderung geblieben sind. Allerdings dürften diese Gestaltungsspielräume nicht allzu groß sein, da die Angebotsaufforderung bereits auf die Abgabe endgültiger Angebote abzielt. Im Vergleich zum Offenen und Nichtoffenen Verfahren besteht jedoch ein größerer „Verhand-

---

<sup>33</sup> So ausdrücklich Art. 44 Abs. 4 S. 2 VergabeRL 2004/18/EG.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

lungsspielraum“, da dort gemäß § 24 Nr. 3 VOB/A (bzw. § 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A) Unklarheiten über den Inhalt eines Angebots zwar aufgeklärt, Unvollständigkeiten oder Unklarheiten aber nicht mehr berichtigt werden dürfen. Diese Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen sind entsprechend zu dokumentieren. Sie sind von allen Bietern gleichzeitig, in der Regel in Textform und mit einer angemessenen Frist einzuholen.

##### c. Angebotswertung

Der Auftraggeber hat die Angebote aufgrund der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu werten und das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen.

##### d. Erläuterungen weiterer Einzelheiten des wirtschaftlichsten Angebots oder Bestätigung von Zusagen

Die Auftraggeber dürfen das Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, auffordern, bestimmte Einzelheiten ihres Angebots näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen (§ 6a Abs. 6 S. 2 VgV). Allerdings darf das nicht dazu führen, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der Ausschreibung geändert werden, der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden (§ 6a Abs. 6 S. 3 VgV). Das bedeutet jedenfalls, dass durch diesen Vorgang die Bieterreihenfolge in der Angebotswertung in keinem Fall mehr verändert werden darf. Im Hinblick auf den Vertrag gilt, dass eine Änderung der essentialia negotii des Angebots unzulässig ist. Das betrifft insbesondere den Preis. Die für die Leistungserbringung wesentlichen Konditionen wie Ort, Zeit, Art und Weise und Umfang der Leistung dürfen grundsätzlich nur noch konkretisiert, nicht aber geändert werden.

Die Möglichkeit, im Angebot enthaltene Zusagen erst in dieser relativ späten Phase des Vergabeverfahrens zu bestätigen, ist bei

PPP-Vergabeverfahren insbesondere im Hinblick auf die verbindliche Finanzierungszusage der finanzierenden Bank relevant. Zulässig wäre es beispielsweise, hinsichtlich des Angebots erst in dieser Phase einen Vorbehalt einer zufrieden stellenden Bankendue Diligence für die Bereiche Technik, Recht und Wirtschaftlichkeit auszuräumen, soweit das Angebot dadurch nicht mehr geändert wird.

## **6. Zuschlagserteilung**

Der Zuschlagserteilung muss – wie bei den übrigen Vergabeverfahrensarten auch – eine Vorabinformation der nicht berücksichtigten Bieter gemäß § 13 VgV vorausgehen (vgl. unter Ziff. 2 in Kapitel 11).

Verlangen die staatlichen Auftraggeber, dass die am Wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, müssen sie einheitlich für alle Unternehmen, die die geforderten Unterlagen rechtzeitig vorgelegt haben, eine angemessene Kostenerstattung gewähren (§ 6a Abs. 7 VgV). Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung empfiehlt sich eine Orientierung an der regelmäßig in Architektenwettbewerben geübten Praxis, nach der ein Betrag in Höhe der Ersparnis, die durch die Planungsleistungen der am Wettbewerb teilnehmenden Architekten realisiert wurde, nach einem zuvor festgelegten Schlüssel unter den Wettbewerbern aufgeteilt wird.

Musterformular 13.5 enthält einen Vorschlag für die Formulierung der Vergabeunterlagen zum Wettbewerblichen Dialog.

### 4.4. Verhandlungsverfahren

Das am wenigsten formale und geregelte Vergabeverfahren ist das Verhandlungsverfahren. Im Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber gemäß § 101 Abs. 4 GWB mit oder ohne vorherigem europaweiten Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren von ihnen im Sinne eines dynamischen Prozesses über sämtliche Auftragsbedingungen zu verhandeln. Die Vergaberichtlinien wie auch § 101 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 GWB geben vor, dass die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Einzelfall ein sehr sorgfältig zu begründender Ausnahmetatbestand sein soll.<sup>34</sup>

Im Verhandlungsverfahren können Auftraggeber und potenzieller Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen verhandeln, bis geklärt ist, wie die Leistung konkret beschaffen sein soll und zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert. Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens ist weder im europäischen noch im deutschen Vergaberecht ausdrücklich normiert. Der Auftraggeber ist jedoch unbedingt an die allgemeinen Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit gebunden.

In der Praxis haben sich sog. strukturierte Verhandlungsverfahren durchgesetzt, in denen der Auftraggeber vorsieht, „dass das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern“ (Art. 30 Abs. 4 S. 1 VergabeRL 2004/18/EG). Der Auftraggeber hat die Absicht, ein strukturiertes Verhandlungsverfahren durchzuführen, in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen anzuzeigen. Der beabsichtigte Ablauf des Verhandlungsverfahrens wird in den

---

<sup>34</sup> Vgl. „Bundesgutachten“ zu PPP im öffentlichen Hochbau, Fußnote 1

Verdingungsunterlagen mitgeteilt und darf auch nicht willkürlich geändert werden. Sollten doch Änderungen am Verfahrensablauf erforderlich werden, so sind diese den Bietern in Textform zeitgleich, begründet und rechtzeitig mitzuteilen, dass diese sich entsprechend darauf einstellen können.

Aus den bisherigen Erfahrungen mit PPP-Projekten hat sich ergeben, dass – im Anschluss an einen Teilnahmewettbewerb – das Verhandlungsverfahren in mindestens zwei Angebotsrunden strukturiert werden sollte. Im Rahmen der ersten Runde werden die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bewerber aufgefordert, auf Grundlage einer detaillierten Darstellung des Projekts (nach ggf. erforderlichen Rückfragen bei dem Auftraggeber) ihre indikativen Angebote abzugeben. Diese müssen noch keinen übermäßig hohen Detaillierungsgrad aufweisen. Der Angebotsaufforderung liegt regelmäßig eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde, in der Mindestanforderungen für die Angebote festgelegt werden und die im Übrigen die Eckdaten des geplanten Vorhabens enthält. Die Bieter erhalten gegebenenfalls Gelegenheit, ihre indikativen Angebote im Rahmen eines Gesprächstermins dem Auftraggeber zu präsentieren, in dem dieser auch Rückfragen zu den Angeboten stellen kann.

Fristgemäß eingegangene Angebote werden anhand der formellen Anforderungen geprüft und anhand der in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bekannt gemachten Zuschlagskriterien bewertet. Daraufhin sollten ausscheidende Bieter unbedingt unverzüglich in Textform und mit nachvollziehbarer Begründung über die Gründe des Ausscheidens informiert werden. Der Auftraggeber wird in der Regel die Bieter mit den besten Angeboten zur Abgabe von verbindlichen, sog. „qualifizierten“ Angeboten auffordern. Gegebenenfalls wird er schon vorher erste Verhandlungsgespräche zur Konkretisierung der indikativen Angebote mit den Bietern führen.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

Im Anschluss an die Wertung der qualifizierten Angebote wird der Auftraggeber weitere Verhandlungsgespräche führen. Bisher war anerkannt, dass er sich hierzu zur Beschränkung seines Aufwands auf den Bieter mit dem besten qualifizierten Angebot (den sog. Bevorzugten Bieter bzw. Preferred Bidder) beschränken (lineare Strategie) oder die Verhandlungen mit mehreren Bietern parallel führen kann (parallele Strategie). Sofern bei der linearen Strategie die Verhandlungen mit dem Bevorzugten Bieter nicht zum Ziel führen, werden die Verhandlungen mit dem nächstbesten Bieter der festgestellten Rangfolge aufgenommen. Durch diese Möglichkeit bleibt ein Wettbewerbsdruck auf den Preferred Bidder erhalten. Angesichts der Neuregelung in Art. 44 Abs. 3 Satz 4 VKR sowie § 3a Nr. 7 VOB/A<sup>35</sup> und § 3a Nr. 1 Abs. 3 VOL/A erscheint es jedoch fraglich, ob bei der linearen Strategie noch in hinreichendem Umfang Wettbewerb bis zum Abschluss des Verfahrens gewährleistet ist. Es erscheint deshalb empfehlenswert, Verhandlungsverfahren bis zum Ende mit mindestens zwei Bietern parallel zu führen. Es dürfte allerdings weiterhin unproblematisch sein, nach der Wertung der qualifizierten Angebote mit dem besten Bieter Zuschlagsverhandlungen zu führen, bei denen wesentliche Änderungen des qualifizierten Angebots nicht mehr zugelassen werden und dadurch das Wettbewerbsergebnis unberührt bleibt. Das Musterformular 13.5 enthält einen Vorschlag für die Formulierung der Vergabeunterlagen zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens.

---

35 vgl. VOB Fassung 2006 (BGBl. I S. 2334), Inkrafttreten 01.11.2006

## 4.5. Wettbewerblicher Dialog oder Verhandlungsverfahren für PPP-Projekte?

Das Gesetz schweigt zu der Frage, in welchem Verhältnis die Anwendungsbereiche des Wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens zueinander stehen. Beide Verfahrensarten sind grundsätzlich nur in bestimmten Ausnahmefällen zulässig, und zwar dann, wenn der Auftraggeber nicht ohne weiteres in der Lage ist, Leistungen und Vertragsbedingungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Sowohl nach den Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinie als auch nach deutschem Vergaberecht ist jedoch der Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs sehr viel eindeutiger auf PPP-Vorhaben zugeschnitten („komplexe Projekte“) als der des Verhandlungsverfahrens.<sup>36</sup>

Daher ist festzuhalten, dass Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren hinsichtlich PPP-Vorhaben einen Überschneidungsbereich, aber auch einige Unterschiede aufweisen. Unabhängig von der bisher nicht abschließend geklärten Frage eines rechtlichen Vorrangs ist deshalb auch aus praktischer Sicht fraglich, ob eine der beiden Verfahrensarten für PPP-Vorhaben grundsätzlich vorzugswürdig ist bzw. welche praktischen Differenzen sich zwischen einem Wettbewerblichen Dialog und einem strukturierten Verhandlungsverfahren tatsächlich ergeben können und von welcher Relevanz diese sind.

Der Antwort auf diese Frage hat ein Vergleich der beiden Vergabeverfahrensarten voranzugehen. Dabei fällt auf, dass die gesetzliche Regelung des Wettbewerblichen Dialogs weitgehend dem strukturierten Verhandlungsverfahren entspricht, das bei PPP-Vergabever-

---

36 Erläuterungen der Europäischen Kommission zum Wettbewerblichen Dialog,

CC/2005/04\_rev1 vom 05.10.2005, Ziff. 2.3, Fn. 8.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

fahren häufig und i.d.R. auch mit Erfolg angewendet wurde. Beiden Verfahrensarten geht ein Teilnahmewettbewerb voraus, und bei beiden Verfahren ist die Auswahl des privaten Partners in der Weise strukturiert, dass der Kreis der Bieter kontinuierlich verkleinert wird: Die Bieter geben zunächst einen Lösungsvorschlag (Wettbewerblicher Dialog) bzw. ein indikatives Angebot (strukturiertes Verhandlungsverfahren) ab und von diesen Bietern dürfen nur diejenigen mit den besten Angeboten ein verbindliches endgültiges bzw. qualifiziertes Angebot unterbreiten. Der Wettbewerbliche Dialog und das strukturierte Verhandlungsverfahren erweisen sich damit als funktional weitgehend äquivalent. Die weitgehende Übereinstimmung zwischen dem Wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren wird auch aus den nachfolgend unter Ziff. 4.6 schematisch dargestellten Verfahrensabläufen ersichtlich. Teilweise wird der Wettbewerbliche Dialog als ein „spezielles Verhandlungsverfahren“<sup>37</sup> bezeichnet.

Für die Beantwortung der Frage nach den praktischen Differenzen sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen:

- Im Wettbewerblichen Dialog sind die endgültigen und verbindlichen Angebote nach Abschluss der Dialogphase nicht mehr verhandelbar: Zulässig sind in der Angebotsphase nur noch Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen der endgültigen Angebote. Ähnliches gilt grundsätzlich auch im strukturierten Verhandlungsverfahren. Dort dürfen nach den Vorgaben der deutschen vergaberechtlichen Rechtsprechung die verbindlichen qualifizierten Angebote inhaltlich nicht mehr wesentlich verändert werden, wenn der Auftraggeber angekündigt hat, er wolle auf der Grundlage dieser Angebote zu einer abschließenden Wertung kommen.<sup>38</sup> Es ist fraglich, ob es einen praktischen Unterschied gibt

---

37 Prieß, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, 199.

38 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2002 – Verg 36/01; VK Sachsen, Beschluss vom 13.05.2002 – 1/SVK/029-02; VK Bund, Beschluss vom 26.09.2001 – VK 2-30/01.

zwischen der Beschränkung auf „Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen“ beim Wettbewerblichen Dialog und dem Verbot der „wesentlichen Veränderung“ der verbindlichen Angebote beim Verhandlungsverfahren und ob daraus möglicherweise beim Verhandlungsverfahren ein größerer Spielraum für den Auftraggeber bis zum Zuschlag resultiert. Auf jeden Fall muss die Auswahl des privaten Partners transparent und damit ein kontrollierbarer und diskriminierungsfreier Entscheidungsspielraum des Auftraggebers eröffnet sein.

- Der Wettbewerbliche Dialog sieht für die Auftraggeber die Möglichkeit vor, die Teilnehmer am Verfahren zumindest mittelbar an der Formulierung des Beschaffungsbedarfs zu beteiligen. In dieser potenziellen Beteiligung der Wettbewerber an der Erstellung der Vergabeunterlagen wurzelt ein Kritikpunkt am Wettbewerblichen Dialog. Kritiker befürchten, dass der Auftraggeber die Lösungen, die in dem Dialog mit einem Bieter erarbeitet wurden, in den anderen Dialogen den Konkurrenten zutragen und dadurch den Vergabewettbewerb verzerren oder gar gewerbliche Schutzrechte verletzen könnte.<sup>39</sup> Hierzu ist jedoch klarzustellen, dass die grundsätzlich gleiche Gefahr im Verhandlungsverfahren besteht. Denn auch dort kann der Inhalt der Angebote, insbesondere die technische oder wirtschaftliche Lösung, mit den Bietern verhandelt und entwickelt werden.

Die potenzielle Gefahr, dass der Auftraggeber im Verfahren Geschäftsgeheimnisse einzelner Bieter preisgibt, ist also kein Spezifikum des Wettbewerblichen Dialogs. Allerdings ist der Auftraggeber für die im Wettbewerblichen Dialog erst noch zu entwickelnde Lösung auf Vorschläge aus den einzelnen Dialogen angewiesen.

---

39 Vgl. Pünder/Franzius, ZfBR 1/2006; Holoubek, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, 7 ff.; Knauff, EuZW 2004, 141, 142; ders., VergabeR 2004, 287, 293; Rechten, NZBau 2004, 366, 368; Schütte, ZfBR 2004, 237, 243.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

Diese Ideen darf er wiederum nicht ohne Einverständnis des jeweiligen Bieters in die Gesamtlösung einbringen. Allerdings ist es auch im Verhandlungsverfahren nur mit Zustimmung der Bieter zulässig, Angebots- und Verhandlungsinhalte, die auf einen Bieter und seine Vorschläge zurückgehen, an andere Bieter weiterzugeben. Gleichwohl ist das allein für den Wettbewerblichen Dialog ausdrücklich geregelt (§ 6a Abs. 3 S. 3 VgV).

- Bei beiden Verfahren stellt sich die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe den jeweiligen Bietern eine Kostenerstattung für die Angebotserstellung gezahlt werden soll bzw. muss.

Für das Verhandlungsverfahren ist gem. § 20 Nr. 2 VOB/A geregelt, dass für die eigentliche Angebotserstellung keine Entschädigung zu gewähren ist. Verlangt jedoch der Auftraggeber, dass der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, u.a. ausarbeitet, so ist eine angemessene Entschädigung einheitlich für alle Bieter festzusetzen. Die Entschädigung kann nur verlangt werden, wenn der Bieter ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat. Es besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, bereits mit Einleitung des Ausschreibungsverfahrens die Entschädigungshöhe festzulegen und dadurch eine Kontrolle der Kosten vorzunehmen.

Für den Wettbewerblichen Dialog ist, wie bereits unter Kapitel 4.3.2 Ziffer 6 beschrieben, eine „angemessene Kostenerstattung“ in § 6a Abs. 7 VgV geregelt. Allen am Dialog teilnehmenden Unternehmen, die zur Entwicklung von Lösungen Entwürfe, Pläne, etc. angefertigt haben, steht dieser Kostenerstattungsanspruch zu, auch wenn ihre Lösungen nicht weiter verwendet werden.

Als vermeintlicher Vorteil des Verhandlungsverfahrens wird oftmals die größere Flexibilität als im Wettbewerblichen Dialog angeführt. Denn anders als im Wettbewerblichen Dialog gibt es für die

Durchführung des Verhandlungsverfahrens nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs keine ausdrücklichen verfahrensleitenden Regelungen. Die öffentlichen Auftraggeber sind im Verhandlungsverfahren deshalb darauf verwiesen, die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze des § 97 GWB (Transparenz, Nichtdiskriminierung und Wettbewerb) jeweils im Hinblick auf konkrete Fallkonstellationen zu konkretisieren. Das kann erfahrungsgemäß aber auch Schwierigkeiten aufwerfen. Zudem sind alle Regelungen der VOB/A und der VOL/A anzuwenden, die dem Charakter des Verhandlungsverfahrens nicht widersprechen. Das gilt insbesondere für die Regelung zur Angebotsprüfung und -wertung.

Darüber hinaus hat die deutsche vergaberechtliche Rechtsprechung im Verhandlungsverfahren die Verhandlungsspielräume erheblich eingegrenzt, ohne dass sich die entsprechenden Konturen ohne detaillierte Kenntnis dieser Rechtsprechung im Einzelnen aus VOB/A und VOL/A ablesen lassen. Das freie Verhandeln, das einem Befürworter des Verhandlungsverfahrens vor Augen stehen könnte,<sup>40</sup> ist in der Regel mit den von der Rechtsprechung konkretisierten Grundsätzen kaum vereinbar. Auch im Verhandlungsverfahren muss die abschließende Angebotswertung aufgrund vergleichbarer, d.h. nach einheitlichen Bedingungen aufgestellter Angebote erfolgen.

Wie bereits ausgeführt, stehen „Nachverhandlungen“ zu dem für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen letzten Angebot in beiden Verfahrensarten dem Gleichbehandlungs- und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz entgegen. Es dürfte jedoch zulässig sein, nach Abschluss der Dialogphase bzw. vor Abgabe des verbindlichen Angebots dem oft geäußerten Wunsch entgegenzukommen, die aufwändige Finanzierungs-Due Diligence erst nach Auswahl eines Preferred Bidders, d.h. nach Abgabe des entscheidenden Angebots durchzuführen,

---

40 So wohl Ollmann, VergabeR 2005, 685, 688.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

um nach Abschluss dieses Vorgangs das vorher abgegebene Angebot von entsprechenden Vorbehalten und Bedingungen zu befreien. Insoweit muss man bei beiden Verfahrensarten davon ausgehen, dass mit einem Preferred Bidder Änderungen seines Angebots nur noch in geringem Umfang verhandelt werden dürfen, jedenfalls nur in solchem Umfang, dass dadurch die vorher aufgrund der Zuschlagskriterien festgestellte Bieterreihenfolge nicht mehr verändert wird.

Der Vergleich zwischen dem Wettbewerblichen Dialog und dem strukturierten Verhandlungsverfahren ergibt, dass die praktischen Unterschiede nicht sehr ausgeprägt sind. Der Wettbewerbliche Dialog bietet im Vergleich zum strukturierten Verhandlungsverfahren ein höheres Maß an Rechtssicherheit, auch wenn Einzelregelungen noch der weiteren Konkretisierung bedürfen. Das Verhandlungsverfahren mag mehr Spielraum zulassen. Im Gegensatz zum strukturierten Verhandlungsverfahren handelt es sich beim Wettbewerblichen Dialog um ein gesetzlich normiertes Verfahren, das vom europäischen Gesetzgeber insbesondere für PPP-Vorhaben eingeführt wurde. Das strukturierte Verhandlungsverfahren wurde demgegenüber in der Rechtsprechung grundsätzlich – im Rahmen seiner Anwendungsvoraussetzungen – für vergaberechtskonform gehalten. Es gibt zahlreiche Varianten und Spielarten, über deren Vereinbarkeit mit den allgemeinen Grundsätzen sich trefflich streiten lässt. Ob es einen echten rechtlichen Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs gibt (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a Uabs. 1 VergabeRL 2004/18/EG), wird die Rechtsprechung zu beantworten haben. Welches der beiden Verfahren sich für PPP-Vergaben durchsetzt, hat sich in der Praxis zu entscheiden.

Aus diesem Leitfaden ist ersichtlich, dass die Unterschiede begrenzt sind und letztlich beide Verfahren sinnvoll und vergaberechtskonform angewendet werden können. Es ist im Einzelfall zu untersuchen, welches Verfahren zulässig ist und – bei paralleler Anwendbarkeit – die geeignetere Verfahrensform bietet.

## 4.6. Verfahrensfristen für ein PPP-Vergabeverfahren

Der Auftraggeber sollte den beteiligten Unternehmen bereits in den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb einen Zeitplan bekannt geben, damit diese einschätzen können, ob sie innerhalb der Fristen eine vielversprechende Bewerbung bzw. ein chancenreiches Angebot abgeben können.

Für die Festlegung eines Zeitplans muss der Auftraggeber zunächst die Verfahrensfristen bestimmen. Im Verhandlungsverfahren und beim Wettbewerblichen Dialog sind die Fristen (mit Ausnahme der Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge) nicht starr vorgegeben; sie müssen lediglich angemessen sein. Im Rahmen der VOB/A gilt Folgendes:

- **Bewerbungsfrist:** Innerhalb der Bewerbungsfrist hat der Bewerber die in der Bekanntmachung verlangten Nachweise seiner Eignung zusammenzustellen und zusammen mit seinem Teilnahmeantrag an den Auftraggeber zu übermitteln (§§ 18a Nr. 3, Nr. 2 Abs. 1 VOB/A). Die Bewerbungsfrist muss angemessen sein, mindestens jedoch, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung, 37 Kalendertage betragen (§ 18a Nr. 2 Abs. 1 S. 1 VOB/A).<sup>41</sup>
- **Angebotsfrist:** Die Angebotsfrist beginnt mit der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Sie umfasst den Zeitraum, der dem Bieter für die Bearbeitung und Einreichung des Angebots zur Verfügung steht (§ 18 Nr. 1 bis 3 VOB/A). Die vom Auftraggeber zu bemessende Frist sollte die Erstellung eines sorgfältigen Angebots, die Zeit zur Übermittlung des Angebots und den zusätzlichen Aufwand zur Besichtigung von Baustellen oder der Beschaffung

---

<sup>41</sup> In Fällen besonderer Dringlichkeit kann die Frist ausnahmsweise auf mind. 15 Kalendertage verkürzt werden, §§ 18a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, § 18a Nr. 2 Abs. 1, Nr. 3 VOB/A.

#### 4 Auswahl der richtigen Vergabeverfahrensart

von Unterlagen einbeziehen. Für den Fall, dass der Auftraggeber bereits bei einzelnen Bietern angefragt hat, welche Lösungsmöglichkeiten sie für das ausgeschriebene Projekt sehen oder falls einige Bieter einen (zeitlichen) Vorsprung gegenüber den anderen Bietern erlangt haben, sollte die Fristbemessung großzügig sein und den Ausgleich des erlangten Vorsprungs ermöglichen.

- **Zuschlags- und Bindefrist:** Die Zuschlags- und Bindefrist (§ 18 VOB/A, vgl. § 19 VOL/A) ist der Zeitraum, innerhalb dessen der Auftraggeber die Angebote zu prüfen und zu werten hat und während dessen der Bieter an sein Angebot gebunden ist. Da es im Verhandlungsverfahren keinen förmlichen Eröffnungstermin gibt, beginnt die Zuschlagsfrist unmittelbar mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Die Zuschlagsfrist soll gemäß § 19 Nr. 2 S. 2 VOB/A im Interesse der Bieter 30 Kalendertage nicht überschreiten. Sinngemäß angewandt auf das Verhandlungsverfahren oder den Wettbewerblichen Dialog bedeutet dies, dass die Wertung sowohl der indikativen als auch der qualifizierten und bindenden Angebote jeweils möglichst zügig erfolgen soll.

Im Ergebnis hat der Auftraggeber bei PPP-Vergabeverfahren mit Ausnahme der Bewerbungsfrist keine gesetzlichen Vorgaben einzuhalten, sondern er kann die Verfahrensfristen funktional bestimmen. Welche Fristen zweckmäßig sind hängt dabei von der Komplexität des Auftragsgegenstandes ab.

Komplexe PPP-Vergabeverfahren entwickeln unter Umständen eine Dynamik, die Anpassungen des Verfahrensplans an die veränderten Umstände erforderlich machen können. Möchte der Auftraggeber bereits bekannt gegebene Fristen verkürzen, so kommt dies nur im Einvernehmen mit allen Beteiligten in Betracht. Anderenfalls würden Unternehmen, die sich im Vertrauen auf die bekannt gemachten

Fristen beteiligt haben, diskriminiert. Eine Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist setzt nach der Angebotsabgabe zwingend voraus, dass die Bieter dieser Verlängerung zustimmen. Die Verfahrensfristen sind im Vergabevermerk zu dokumentieren (§§ 30 Nr. 1 VOB/A, 30 Nr. 1 VOL/A).

Bei den ersten kommunalen Pilotprojekten in NRW, die im Verhandlungsverfahren durchgeführt wurden, betrug die Zeit von der Vergabebekanntmachung bis zur Zuschlagserteilung 8-12 Monate. Hinsichtlich der Verfahrensdauer des Wettbewerblichen Dialogs liegen keine Erfahrungen vor. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dasselbe PPP-Projekt im Wettbewerblichen Dialog eine ähnlich lange Verfahrensdauer in Anspruch nehmen dürfte wie im strukturierten Verhandlungsverfahren.

## Ausschluss von der Mitwirkung auf Seiten des Auftraggebers oder als Teilnehmer am Vergabeverfahren

### 5.1. Ausschluss voreingenommener Personen (§ 16 VgV)

Für das Vergabeverfahren enthält § 16 VgV eine spezielle Befangenheitsregelung, die die Neutralität des Auftraggebers sicherstellen soll. Von der Mitwirkung an Entscheidungen des Auftraggebers ausgeschlossen sind demnach Personen, die zugleich in einer Beziehung zum Bieter oder Bewerber stehen und die deshalb als voreingenommen gelten.

### 5.2. Projektantenproblematik

Zum Schutz der Bieter vor einer Parteilichkeit des Auftraggebers ist es vergaberechtlich untersagt, Unternehmen als sog. Projektanten an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens zu beteiligen und ihnen danach ohne jede Vorkehrung die Beteiligung am Vergabewettbewerb zu gestatten, obgleich sie dort wegen ihrer Vorbefassung unfair begünstigt sind. In PPP-Vergabeverfahren stellt sich diese Projektantenproblematik oft in besonderem Maße, da die Auftraggeber häufig frühzeitig auf externen Sachverstand angewiesen sind.

Der durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz neu eingefügte § 4 Abs. 5 VgV sieht vor, dass der Auftraggeber für den Fall, dass ihn ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder sonst unterstützt hat, sicherstellen muss, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird. Die Vorschrift befasst sich ausdrücklich nur mit Bietern oder Bewerbern. Sie dürfte allerdings ebenso für Projektanten gelten, die nach dieser „Vorbefassung“ auf Auftraggeberseite später als Berater oder an der

Angebotserstellung beteiligte Nachunternehmer auf Bieterseite tätig werden. Ein generelles Beteiligungsverbot für Projektanten wäre unzulässig.<sup>42</sup> Maßgeblich ist deshalb, ob der Wettbewerbsvorteil des Projektanten durch die Vergabestelle ausgeglichen werden kann. Das ist abhängig vom Ausmaß der Beteiligung des Projektanten an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens.

Bei einer unmittelbaren Mitwirkung des Projektanten an den Vorarbeiten für das Vergabeverfahren, insbesondere an der Erstellung der Vergabeunterlagen, liegt grundsätzlich ein wettbewerbsverzerrender Informationsvorsprung vor, an dessen Kompensation erhöhte Anforderungen gestellt werden; unter Umständen kann eine Kompensation in diesen Fällen nicht gelingen. Ein Auftraggeber sollte die Beauftragung eines Projektanten mit der Erstellung der Vergabeunterlagen deshalb vorausschauend unter die Bedingung stellen, dass dieser weder unmittelbar noch mittelbar (z.B. über ein Tochterunternehmen) an dem von ihm vorbereiteten Vergabeverfahren teilnimmt.

Das Vorliegen eines wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprungs kann regelmäßig ausgeglichen werden, wenn der Projektant lediglich an den Planungs- und Entwurfsarbeiten oder an informellen Markterforschungsanfragen beteiligt war.<sup>43</sup> Zum Ausgleich des Informationsvorteils muss der Auftraggeber die Informationen, die dem Projektanten zugänglich waren und die Erkenntnisse aus den Vorarbeiten des Projektanten allen Bietern mit der Übersendung der Vergabeunterlagen zugänglich machen und die Vergabeunterlagen so abfassen, dass alle Bieter im Wettbewerb um den Auftrag gleiche Chancen haben. Zudem darf die Zeit für die Angebotserstellung nicht

---

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 03.03.2005, verb. Rs. C-21/03 und C-34/03 – Fabricom.

<sup>43</sup> Vgl. VK Bund, Beschluss vom 10.07.2002 – VK 2-34/02: Übersendung des Fragen- und Antwortkatalogs zur Leistungsbeschreibung an alle Bieter.

## **5. Ausschluss von der Mitwirkung auf Seiten des Auftraggebers oder als Teilnehmer am Vergabeverfahren**

so knapp bemessen sein, dass nur der vorinformierte Projektant ohne Termindruck ein Angebot erstellen kann.

Sollte ein Projektant am Vergabeverfahren beteiligt sein, ist der Auftraggeber verpflichtet, „besonders sorgfältig und umfassend das Vergabeverfahren auf Abweichungen, Auffälligkeiten und Unregelmäßigkeiten hin [zu] überprüfen“.<sup>44</sup> Im Hinblick auf einen etwaigen Nachprüfungsantrag sollte diese Prüfung nachvollziehbar im Vergabevermerk dokumentiert werden.

---

<sup>44</sup> VÜA Niedersachsen, Beschluss vom 23.12.1997 – 34.2-35.66.

Die Vergabe von Aufträgen, die die maßgeblichen Schwellenwerte (Kapitel 2.1.3 dieses Leitfadens) übersteigen, ist im Amtsblatt der EG bekannt zu machen. Die EG-Vergaberichtlinien sehen hierfür Musterformulare vor, die auf der Website der Europäischen Kommission verfügbar sind.<sup>45</sup> Vorgesehen ist zunächst die sog. Vorinformation, die ergehen kann, sobald der Beschluss für ein Beschaffungsvorhaben gefasst ist. Die Vorinformation beinhaltet unverbindliche Angaben zu den wesentlichen Merkmalen des beabsichtigten Bauauftrags (§ 17a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A). Sie soll interessierten Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, ihre Arbeiten vorzuplanen.

Das Vergabeverfahren selbst wird durch die sog. Bekanntmachung eröffnet, in der Einzelheiten zum Vergabeverfahren bekannt gemacht werden. Zum Zeitpunkt der Bekanntmachung müssen gemäß § 16 VOB/A bzw. VOL/A die Verdingungsunterlagen und die Leistungsbeschreibung zumindest so weit vorbereitet sein, dass der Auftraggeber die im Bekanntmachungsformular abgefragten Angaben eintragen kann.

Nach Zuschlagserteilung ist der Abschluss des Vergabeverfahrens bekannt zu geben.

---

<sup>45</sup> <http://www.simap.eu.int>.

## 7.1. Aufgabe und Inhalt der Bewerbungsbedingungen

In einem Teilnahmewettbewerb, der dem Nichtoffenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren oder dem Wettbewerblichen Dialog vorgeschaltet ist, werden diejenigen Unternehmen ausgewählt, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Maßstab für die Auswahl ist die Eignung der Bewerber zur Erledigung des ausgeschriebenen Auftrags (§§ 8 Nr. 4, 25 Nr. 2 VOB/A, § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A).

Grundlage des Teilnahmewettbewerbs sind die Bewerbungsbedingungen (§ 10 Nr. 5 Abs. 5 VOB/A, § 17 Nr. 3 Abs. 4 VOL/A), die in den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb festgelegt werden (vgl. das Musterformular 13.2 „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“). Diese legen die für den Teilnahmewettbewerb maßgeblichen Fristen und sonstigen Form- und Verfahrenserfordernisse sowie die vorzulegenden Eignungsnachweise fest (vgl. Ziff. 4.2 im Musterformular 13.2 „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“). Letztere sind in einer EUweiten Ausschreibung allerdings bereits in der Vergabebekanntmachung bzw. Beschreibung eindeutig zu benennen. Eine spätere Erweiterung der verlangten Nachweise in den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb ist unzulässig.

Die Interessenten werden in der Bekanntmachung aufgefordert, die Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb beim Auftraggeber anzufragen. Um den Prüfungsaufwand des Auftraggebers bei der Auswertung der Teilnahmeanträge zu begrenzen, empfiehlt es sich, für die Angaben und Erklärungen Formblätter vorzugeben (Bewerbungsunterlagen). Zweckmäßig sind: Aufkleber zur Kennzeichnung der Teilnahmeanträge, Verzeichnis der eingereichten Unterlagen, allgemeine Angaben zum Bewerber, bestimmte Erklärungen der Bewerber,

Erklärung einer Bewerbergemeinschaft über ihre Haftung und Vertretung, Referenzen der Bewerber hinsichtlich bereits erbrachter, vergleichbarer Leistungen sowie Angaben über die Qualifikation und Berufserfahrung des für die Leitung, Aufsicht und Projektsteuerung vorgesehenen Personals.

In PPP-Vergabeverfahren sollte der Auftraggeber den Interessenten mit den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb neben den Bewerbungsunterlagen ein Informationsmemorandum zur Verfügung stellen, in dem zusätzliche Informationen über das Projekt sowie dessen Rahmenbedingungen enthalten sind. Denn die Angaben in den Bekanntmachungen zum Teilnahmewettbewerb sind häufig nicht präzise genug, um Interessenten eine sachgerechte Entscheidung über ihre Teilnahme zu erlauben. Das Informationsmemorandum sollte u.a. Informationen über den Leistungsumfang, die Planungsgrundlagen, die Rahmenbedingungen zur Finanzierung, die Vorstellungen zur Risikoverteilung, das Betriebskonzept und den Ablauf des Vergabeverfahrens enthalten.

## 7.2. Auswahl einer begrenzten Anzahl von Bewerbern

Es ist anerkannt, dass die Frage der Eignung nicht nur mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden kann, sondern einer Abstufung zugänglich ist.<sup>46</sup> Sollen unter den geeigneten Bewerbern nicht alle, sondern nur eine begrenzte Zahl zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, ist entsprechend den allgemeinen Wettbewerbs- und Nichtdiskriminierungsgrundsätzen nicht willkürlich zu entscheiden, sondern unter den geeigneten Bewerbern eine Rangliste nach objektiven, nicht diskriminierenden und auftragsbezogenen Kriterien, die in der Bekanntmachung zu nennen sind, zu erstellen (§ 8a Nr. 6 VOB/A).

---

<sup>46</sup> Vgl. Erwägungsgrund 40 VergabeRL 2004/18/EG.

Die Auswahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, hat der Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des § 97 Abs. 2 GWB zu treffen. Die Vergabestelle muss ihre Entscheidung anhand sachlicher Erwägungen und in nachvollziehbarer Weise treffen. Das gilt sowohl für die Entscheidung welche, als auch wie viele Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Gründe sind sorgfältig und nachvollziehbar zu dokumentieren. Andernfalls verletzt die Vergabestelle ihre Pflicht zu ermessensfehlerfreiem Verhalten und damit die subjektiven Rechte der Teilnehmer am Teilnahmewettbewerb aus § 97 Abs. 2 und 7 GWB.

Die Kriterien für die Wertung der Eignungsnachweise und die Gewichtung dieser Kriterien sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben. Die dadurch geschaffene Transparenz sichert die Gleichbehandlung der Bewerber und damit die Rechtssicherheit des Auswahlverfahrens. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, sich in der Bekanntmachung bzw. Beschreibung auf eine Anzahl von Bietern festzulegen; tut er das aber, so ist er daran gebunden.<sup>47</sup>

Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens und des Wettbewerblichen Dialogs darf die Zahl der ausgewählten Bewerber regelmäßig nicht unter drei liegen. In jedem Fall ist ein echter Vergabewettbewerb sicherzustellen. Es ist zum Zwecke eines effektiven Vergabewettbewerbs empfehlenswert, nicht weniger als vier Bewerber auszuwählen, die zur Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog bzw. am Verhandlungsverfahren aufgefordert werden.

---

<sup>47</sup> Zum Ganzen: BayObLG, Beschluss vom 20.04.2005 – Verg 26/04, VergabeR 2005, 532 m. Anm. Horn.

### 7.3. Eignungsmerkmale und Eignungsnachweise

Die Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb vollzieht sich in zwei Schritten. Zunächst werden die Teilnahmeanträge identifiziert und auf Vollständigkeit der Unterlagen überprüft. Anschließend ist anhand der Eignungsnachweise zu untersuchen, welche Bewerber ihre Eignung am besten dargelegt haben.

Merkmale der Eignung sind die Leistungsfähigkeit, die Fachkunde und die Zuverlässigkeit des Bewerbers. Welche Eignungsnachweise herangezogen werden dürfen, ist in § 8 Nr. 3 VOB/A, § 7a Nr. 2 VOL/A geregelt. Der Auftraggeber hat im Einzelfall zu entscheiden, welche Eignungsnachweise für das konkrete Vorhaben erforderlich sind. Ziel sollte sein, im Teilnahmewettbewerb die Unternehmen auszuwählen, die am besten für die Auftrags Erfüllung geeignet sind. Dafür ist dasjenige Verfahren heranzuziehen, das für den Auftraggeber und die Bewerber mit dem geringst möglichen Aufwand verbunden ist.

Um den Kreis der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmen nicht unnötig durch formale Anforderungen zu verengen, sollte sich der Auftraggeber für die formale Prüfung der Teilnahmeanträge auf Vollständigkeit einen Entscheidungsspielraum eröffnen. Zur Herstellung von Rechtssicherheit empfiehlt es sich, in den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb zu benennen, welche Mängel der Teilnahmeanträge zum unbedingten Ausschluss führen. Der Auftraggeber sollte solche Mindestanforderungen aber nur für Eignungsnachweise verlangen, die er als unabdingbar ansieht. Denn die Erfahrung zeigt, dass selbst mit Vergabeverfahren vertraute Unternehmen mitunter versehentlich unvollständige Teilnahmeanträge einreichen. Die Mindestanforderungen können grundsätzlich auch inhaltliche Anforderungen an die Eignungsnachweise enthalten (z.B. an den Inhalt vorzulegender Referenzen).

Bei einer Vergabe nach VOB/ A besteht im Rahmen eines sog. Präqualifikationsverfahrens die Möglichkeit einer vorgelagerten, auftragsunabhängigen Prüfung der Eignungsnachweise auf Basis der in § 8 VOB/ A definierten Anforderungen und ggf. zusätzlicher Kriterien. An öffentlichen Aufträgen interessierte Unternehmen können ihre Eignung somit bei einer Präqualifizierungsstelle nachweisen, ohne dass bei jedem Vergabeverfahren eine erneute Einzelfallprüfung erforderlich wird. Ein zu diesem Zweck geführter privatrechtlicher Verein führt eine bundeseinheitliche Liste aller präqualifizierten Unternehmen.<sup>48</sup>

Weist ein Bewerber seine auftragsunabhängige Eignung mittels eines Verweises auf die Eintragung in der Liste des Vereins nach, so sind mit dieser Eintragung die Eignungskriterien rechtliche Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde (§ 8 Nr. 3 Abs. 1 a) bis c), e) VOB/ A) – allerdings nur bezogen auf die präqualifizierten Leistungsbereiche – erfüllt. Von einem präqualifizierten Bewerber dürfen anschließend nur noch solche Eignungsnachweise verlangt werden, die auftragsbezogen sind und nicht von der Präqualifikation erfasst werden (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A). Die präqualifizierten Leistungsbereiche, wie z.B. Hochbauarbeiten, ergeben sich aus Anlage 2 der Leitlinie des BMVBS für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens vom 25.04.2005 in der Fassung vom 08.11.2005.<sup>49</sup> Bei der Vergabe von PPP-Verträgen mit unterschiedlichen Leistungen des Lebenszyklus bezieht sich somit die Präqualifikation lediglich auf die anteiligen Bauleistungen. Für die übrigen Leistungen bedarf es des konkreten Eignungsnachweises.

---

<sup>48</sup> „Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen“, siehe zu den weiteren Einzelheiten [www.bmvbs.bund.de](http://www.bmvbs.bund.de) – Stichwort „PQ“ oder direkt die Homepage des Vereins unter [www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de)

<sup>49</sup> [www.bmvbs.bund.de](http://www.bmvbs.bund.de)

## Zu den Eignungsmerkmalen im Einzelnen:

### 7.3.1. Leistungsfähigkeit

Der Bewerber ist leistungsfähig, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er eine fach- und fristgerechte Ausführung der zu erbringenden Bau- und der sonstigen Leistungen garantieren kann.<sup>50</sup>

Für die Beurteilung der personellen und technischen Leistungsfähigkeit sind insbesondere die folgenden Angaben, Erklärungen und Nachweise erheblich:

- Angaben zur Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter;
- Angaben zur Qualifikation des Führungspersonals;
- Informationen zu den notwendigen technischen Einrichtungen und Betriebsabteilungen sowie allgemein zum Unternehmen;
- Referenzen zu Planung, Bau und Betrieb vergleichbarer Projekte.

In wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht ist die Leistungsfähigkeit des Bewerbers gegeben, wenn die Kapitalausstattung der Größe des Unternehmens und der zu erbringenden Leistung angemessen ist und wenn der Betrieb den üblichen Anforderungen des Handelsrechts genügt und die Umsatzzahlen erkennen lassen, dass das Unternehmen in der Lage ist, die ausgeschriebene Leistung zu erbringen. Von Bedeutung sind vor allem die folgenden Angaben, Erklärungen und Nachweise:

- qualifizierte, d.h. ausdrücklich für das zu vergebende Vorhaben ausgestellte Bankauskunft;
- die gesamten Umsätze der letzten drei Jahre sowie jeweils die Umsätze aus Leistungen, die mit der zu vergebenden Gesamtleistung

---

<sup>50</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.06.2001 – 9 U 203/00, NZBau 2002, 109.

## 7 Teilnahmewettbewerb

oder Teilen dieser Leistung vergleichbar sind (differenziert nach Bau, Betrieb und Finanzierung);

- die (testierten) Jahresabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre;
- Referenzen zur Finanzierung vergleichbarer Projekte.

### 7.3.2. Fachkunde

Unter dem Begriff der Fachkunde werden die technischen Kenntnisse des Bewerbers zusammengefasst, die für die Vorbereitung und Ausführung der betreffenden Leistung erforderlich sind. Der geforderte Maßstab der Fachkunde hängt von der Komplexität und dem Schwierigkeitsgrad der zu vergebenden Leistung ab. Im Falle größerer Unternehmen muss sich die Fachkundeprüfung auf das ausführende Personal wie auch auf das Führungspersonal, unter dessen Leitung die betreffende Leistung erbracht werden soll, beziehen, sowie auch auf das Personal ggf. benannter Nachunternehmer.

Dazu sind die Angaben (Nachweise, Zertifikate und persönlichen Referenzen) zur Qualifikation und Berufserfahrung des für die Leitung und Aufsicht sowie die Projektsteuerung vorgesehenen Führungspersonals zu bewerten. Es empfiehlt sich, die Referenzen zur Fachkunde differenziert nach den Leistungsbestandteilen Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung zu verlangen.

### 7.3.3. Zuverlässigkeit

Der Bewerber ist zuverlässig, wenn er seinen gesetzlichen Verpflichtungen bislang nachgekommen ist und eine sorgfältige und einwandfreie Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen entsprechend den rechtlichen und technischen Normen (einschließlich Gewährleistung) erwarten lässt.<sup>51</sup>

---

51 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.05.2000 – Verg 5/00, NZBau 2000, 540.

§ 8 Nr. 5 VOB/A, § 7 Nr. 5 VOL/A benennen im Hinblick auf die Zuverlässigkeit der Bewerber typische Ausschlussgründe:

- **Betriebliche Ausschlussgründe:** Bieter „über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren<sup>52</sup> eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder deren Antrag mangels Masse abgelehnt wurde“ oder „deren Unternehmen sich in Liquidation befinden“, können von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden.
- **Persönliche Ausschlussgründe:** liegen vor bei schweren Verfehlungen, mangelnder Zahlung von Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträgen, vorsätzlich falschen Eignungserklärungen oder Angaben, insbesondere hinsichtlich der Anmeldung zur Berufgenossenschaft.

Art. 45 Abs. 1 der VergabeRL 2004/18/EG sieht für Bewerber oder Bieter, die rechtskräftig wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Bestechung, Betrug oder Geldwäsche verurteilt wurden, einen zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren vor. Diese Bestimmung wurde bislang nicht ins deutsche Recht umgesetzt. Nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die VergabeRL 2004/18/EG am 01.02.2006 dürfte Art. 45 Abs. 1 jedoch in Deutschland eine unmittelbare Wirkung entfalten.<sup>53</sup>

---

52 Unter „vergleichbaren gesetzlich geregelten Verfahren“ sind hauptsächlich die in § 262 AktG und § 60 GmbHG angeführten Auflösungsgründe zu verstehen.

53 Einzelheiten im Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge vom 26.01.2006, Ziff. I.9.

## 7 Teilnahmewettbewerb

Es kommen darüber hinaus weitere Gründe für die Unzuverlässigkeit eines Bewerbers in Betracht, beispielsweise wenn

- ein Bewerber Arbeitnehmer illegal beschäftigt (hat);
- ein Bewerber Personen mit der Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen beauftragt, welche ein Handwerk darstellen, ohne dass diese Personen in die Handwerksrolle eingetragen sind;<sup>54</sup>
- er sich unerlaubter oder unsachlicher Mittel bedient (hat), um den Auftrag zu erhalten.

Zur Aufklärung hinsichtlich der Ausschlussgründe darf der Auftraggeber von den Bewerbern „entsprechende Bescheinigungen der zuständigen Stelle oder Erklärungen verlangen“ (§ 8 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A, § 7a Nr. 2 Abs. 4 VOL/A). Zur Überprüfung der Zuverlässigkeit dienen auch

- die Vorlage eines beglaubigten aktuellen Handelsregister-/ Firmenregisterauszuges;
- der Nachweis der Berufshaftpflichtversicherungsdeckung;
- die Vollständigkeit der Teilnahmeanträge;
- die Darstellung der Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systeme.

Soweit gesicherte Erkenntnisse über Tatsachen vorliegen, die die Zuverlässigkeit eines Bewerbers in Frage stellen, sind diese zu berücksichtigen (ggf. nach vorheriger weiterer Aufklärung des Sachverhalts, z.B. durch Nachfragen beim Bewerber). In die Zuverlässigkeitsprüfung sind auch Kenntnisse des Auftraggebers einzubeziehen, die sich nicht unmittelbar aus den mit dem Teilnahmeantrag eingereichten Unterlagen ergeben (z.B. positive, nachweisbare Kenntnis von den vorstehend genannten Unzuverlässigkeitsgründen).

---

54 Vgl. § 149 GewO; Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 3. Aufl. 2004, Rn. 366.

## 7.4. Bewertung der Referenzen

Bei Standard-PPP-Vorhaben, wie einem PPP-Schulprojekt, erweisen sich erfahrungsgemäß mehr als fünf Bewerber für eine ordnungsgemäße Auftrags erledigung als geeignet. Unter diesen Unternehmen ist also eine weitere Auswahl vorzunehmen. Diese kann in der Regel nur anhand der Würdigung von Referenzen erfolgen, die die Bewerber zur Darlegung der fachlichen Leistungsfähigkeit ihres Unternehmens und der Fachkunde ihres Personals vorlegen.

Für die Wertung der Referenzen sind vorab Wertungskriterien festzulegen. Um den Kreis der Bewerber bzw. Bieter und damit den Vergabewettbewerb nicht unsachlich zu beschränken, sollten nicht pauschal „Referenzen zu PPP-Erfahrungen“ abgefragt werden, sondern es sollten differenziert Referenzen zu den zu vergebenden Leistungen bzw. zu vergleichbaren Projekten verlangt werden. Dies ermöglicht auch so genannten „PPP-Newcomern“, d.h. Unternehmen, die noch keine Erfahrungen mit einem PPP-Projekt sammeln konnten, die Teilnahme am Wettbewerb.

Für die Bewertung der Referenzen können z.B. die folgenden Kriterien berücksichtigt werden:

- Auftragsvolumen in Euro des Referenzprojektes;
- Leistungsanteil des Referenzgebers am Referenzprojekt;
- Komplexität des Referenzprojektes;
- Relevanz, d.h. Vergleichbarkeit des Referenzprojektes mit der aus geschriebenen Leistung;
- Aktualität des Referenzprojektes (ist das Projekt noch nicht abgeschlossen, ist dieses umso besser zu bewerten, je größer der Anteil der bereits erbrachten Leistung ist);
- eingesetztes Personal.

Die Auswahlkriterien sind je nach ihrer Bedeutung für das Gesamtprojekt zu gewichten. Es kann sich empfehlen, den Bietern für die Angabe von Referenzen eine Untergliederung nach den Bereichen Planung, Finanzierung, Bau und Betrieb oder eine weitergehende Untergliederung vorzugeben. Um den Wertungsaufwand zu begrenzen, kann der Auftraggeber in den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb eine Höchstzahl der zu berücksichtigenden Referenzen festsetzen. Für die Bewertung kann der Auftraggeber festlegen, mit welchem Gewicht die Referenzen zur Leistungsfähigkeit und zur Fachkunde jeweils in die Wertung dieser Eignungsmerkmale einfließen und in welchem Verhältnis jeweils die Bewertung der Leistungsfähigkeit und der Fachkunde in die Gesamtbewertung einfließen (vgl. das Beispiel in dem Musterformular 13.2 „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“ unter Ziff. 4.11).

### 7.5. Eignungsprüfung von Konsortien und Nachunternehmern

Bieter treten bei PPP-Vorhaben häufig als Konsortien auf. Solche Bieter-/Bewerbergemeinschaften sind Einzelbieter grundsätzlich gleichgestellt. Der durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz eingeführte § 6 Abs. 2 Nr. 1 VgV untersagt es den Auftraggebern grundsätzlich, bereits für den Teilnahmewettbewerb die Bewerbung mit einer erst für den Fall der Auftragserteilung zu gründenden Projektgesellschaft zu verlangen. Aufgrund des mit der Gesellschaftsgründung verbundenen Aufwandes würde andernfalls insbesondere der Mittelstand belastet und hierdurch der Erfolg von PPP beeinträchtigt. Die Gründung einer Projektgesellschaft bereits für den Teilnahmewettbewerb darf nur ausnahmsweise verlangt werden, wenn das für die ordnungsgemäße Durchführung des PPP-Vergabeverfahrens notwendig ist. Beispielsfälle für diese eng auszulegende Ausnahmvorschrift sind in

der Gesetzesbegründung zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz nicht genannt.

Für die Eignungsprüfung einer Bewerbergemeinschaft ist zu beachten, dass zwar jedes Mitglied „zuverlässig“ sein muss. Hinsichtlich der Fachkunde und Leistungsfähigkeit kommt es hingegen auf die der Bewerbergemeinschaft insgesamt zur Verfügung stehende Kapazität an. Im Hinblick auf die für die Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft typische Arbeits- und Aufgabenteilung sollte der Auftraggeber deshalb nicht alle Eignungsnachweise von allen Mitgliedern einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft verlangen. Die Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft ist insoweit vielmehr als Einheit zu betrachten. Die in den Vergabeunterlagen verlangten Nachweise sind ausnahmsweise nur dann von allen Mitgliedern einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft vorzulegen, wenn der Auftraggeber gerade das ausdrücklich und unmissverständlich in den Vergabeunterlagen verlangt. Von dieser Möglichkeit sollte der Auftraggeber jedoch nur in angemessenem Umfang Gebrauch machen, um den Aufwand für die Bewerber nicht unnötig in die Höhe zu treiben.

Stützt ein Bewerber seine Eignung u.a. auf den Einsatz von Nachunternehmern, so ist der Fall des Generalübernehmers vom vereinzelten Einsatz von Nachunternehmern zu unterscheiden.

- Bei der Generalübernahme übernimmt der Auftragnehmer im Wesentlichen nur die Aufgabe, den Einsatz diverser Nachunternehmer zu koordinieren. Der durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz eingeführte § 4 Abs. 4 und § 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV sieht diesbezüglich ausdrücklich vor, dass sich der Auftragnehmer bei der Erfüllung der Vertragsleistungen der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann. Damit wurde klar gestellt, dass entgegen älterer Stimmen in Rechtsprechung und Literatur auch

die sog. Generalübernahme zulässig ist. Durch diese Möglichkeit soll laut Gesetzesbegründung u.a. die Projektfinanzierung durch institutionelle Kapitalgeber erleichtert werden.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Generalübernahme ist allerdings, dass der Generalübernehmer in seinem Angebot nachweist, dass er während des Auftragszeitraumes tatsächlich über die benötigten Ressourcen der kooperierenden Unternehmen verfügen kann. Eine bestimmte Art der rechtlichen Beziehung zwischen dem Generalübernehmer und den kooperierenden Unternehmen wird dazu jedoch nicht vorausgesetzt.<sup>55</sup> Als Nachweis dafür, dass der Generalübernehmer vorbehaltlos auf die Ressourcen des kooperierenden Unternehmens zugreifen kann, ist eine Erklärung des Nachunternehmers ausreichend, er stehe für die Auftrags erledigung zur Verfügung; zudem ist die Vorlage von aussagekräftigen Unterlagen zur Eignung des Nachunternehmers erforderlich.<sup>56</sup> Es empfiehlt sich, den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb Musterformulare beizufügen, in denen die Nachunternehmer die entsprechenden Erklärungen und Angaben abgeben müssen. Die Eignungsprüfung hinsichtlich des Generalübernehmers hat sich auf die Feststellung zu beschränken, ob der Generalübernehmer zu den erforderlichen Koordinierungsleistungen sowie gegebenenfalls sonst noch zu erbringenden Leistungen geeignet ist.<sup>57</sup>

---

55 EuGH, Slg. 2004, 2549, Rs. C-314/01 – Siemens = NZBau 2004, 340, Rn. 44; Die nationale Vergaberechtsprechung hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen: vgl. nur OLG Saarbrücken, Beschluss vom 21.04.2004 – 1 Verg 1/4, NZBau 2004, 690; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2003 – 11 Verg 4/03, IBR 2003, 569.

56 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 21.04.2004 – 1 Verg 1/4, NZBau 2004, 690, 691 f.; OLG Schleswig, Urteil vom 05.02.2004 – 6 U 23/03, NZBau 2004, 405, 406; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2003 – 11 Verg 4/03, IBR 2003, 569.

57 *Boesen/Upleger*, NVwZ 2004, 919, 923.

- Der Umfang der Eignungsprüfung beim vereinzelt Nachunternehmereinsatz durch einen Generalunternehmer, der ansonsten wesentliche Teile der Leistungen selbst erbringt, unterliegt einem weiten Entscheidungsspielraum des Auftraggebers. Er kann von den Bietern grundsätzlich verlangen, die Nachunternehmer namentlich zu benennen. Alternativ kann er Angaben darüber verlangen, welche Arbeiten an Nachunternehmer vergeben werden sollen. Nachunternehmer dürfen vom Bieter keinen ungünstigeren Bedingungen ausgesetzt werden, als diejenigen, die im Verhältnis Auftraggeber-Bieter gelten.

Bei PPP-Vorhaben werden sich die Bewerber bzw. Bieter aus Effizienzgründen erst in einem möglichst späten Stadium des Vergabeverfahrens für bestimmte Nachunternehmer entscheiden. Es ist unzweckmäßig, in einem frühen Verfahrensstadium detaillierte Angaben zum Nachunternehmereinsatz zu verlangen. Andererseits haben die Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran, frühzeitig über den geplanten Nachunternehmereinsatz informiert zu werden.

Als vermittelnde Lösung bietet es sich an, von den Bewerbern Angaben zum Nachunternehmereinsatz nur insoweit zu verlangen, als sie sich für ihre Eignung zur Ausführung des Auftrags auf Nachunternehmer berufen. Das dürfte notwendig sein für die wesentlichen Bestandteile der zu erbringenden Finanzierungs-, Planungs-, Bau- oder Betriebsleistungen, insbesondere wenn diese vollständig an Nachunternehmer vergeben werden sollen. Um dem Auftraggeber ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu geben, sollten die Nachunternehmer verpflichtet werden, auf den den Teilnahmeunterlagen beigefügten Musterformularen eine Erklärung über ihre wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse abzugeben (vgl. dazu das Musterformular 13.2 „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“).

Gelegentlich kommt es bei Bietergemeinschaften im Zuge lang-

laufender Vergabeverfahren zu Veränderungen, etwa weil ein Mitglied der Bietergemeinschaft das Interesse an dem Auftrag verliert, gesellschaftsrechtliche Veränderungen anstehen oder ein Mitglied in wirtschaftliche Schwierigkeiten (Insolvenz) gerät. Ähnliche Situationen können für benannte Nachunternehmer eintreten. Die Rechtsprechung ist mit solchen Situationen bislang weitgehend unflexibel umgegangen und hat die nachträgliche Änderung von Bietergemeinschaften (etwa durch den Austausch eines Mitglieds) sowie den Wechsel von benannten Nachunternehmern für nicht zulässig gehalten. Ob das für jeden begründeten Einzelfall des Austausches eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft gegen ein ebenso geeignetes „Ersatz“-Unternehmen gelten muss, insbesondere wenn der notwendige Austausch auf Umstände zurückzuführen ist, die durch das Konsortium nicht „verschuldet“ sind, erscheint fragwürdig. In jedem Fall ist aber sicherzustellen, dass durch den Austausch von Konsorten und Nachunternehmern der Wettbewerb nicht verfälscht oder sonst beeinträchtigt wird. Das Problem der langfristigen Bindung von Nachunternehmern lässt sich auf Auftraggeberseite insbesondere durch maßvolle Anforderungen an den Umfang und den Zeitpunkt der Benennung von Nachunternehmern entschärfen. Nach dem Zuschlag ist der Wechsel von Konsortialpartnern und Nachunternehmern zumeist eine vertragsrechtliche Frage (i.d.R. Zustimmungsbedarf des Auftraggebers). Auch eine Vertragsübernahme durch einen anderen Auftragnehmer oder Gesellschafter der Projektgesellschaft, ggf. nach § 415 BGB, erscheint nicht generell unzulässig. Allerdings hat die Rechtsprechung neuerdings die gezielte Weitergabe eines Auftrags unmittelbar nach dem Zuschlag für vergaberechtlich unzulässig gehalten und für diesen Fall eine Neuausschreibung gefordert.

## Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote

Die Vergabeunterlagen für den Wettbewerblichen Dialog bzw. das Verhandlungsverfahren enthalten alle für die Durchführung des PPP-Vergabeverfahrens wesentlichen Informationen und Verfahrensregeln. Sie bestehen aus dem Anschreiben des Auftraggebers (Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog), den Bewerbungsbedingungen und den Verdingungsunterlagen. Die Bewerbungsbedingungen enthalten die Anforderungen an den Inhalt der Angebote. Verdingungsunterlagen sind die Leistungsbeschreibung, die Allgemeinen Vertragsbedingungen (VOB/B bzw. VOL/B) und gegebenenfalls zusätzliche Vertragsbedingungen.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog und den ihr beigefügten Angebots- und Bewerbungsbedingungen müssen alle Angaben gemacht werden, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss der Bewerber zur Abgabe eines Angebots notwendig sind. § 10 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A, § 17 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A enthält eine verbindliche Aufzählung von Angaben, die die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthalten muss. Hierzu zählen die Bezeichnung des Auftraggebers und des Auftragsgegenstandes. Anzugeben sind auch die maßgebenden Zuschlagskriterien für die Auswahl der Bieter. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. zur Teilnahme am Dialog hat gegenüber allen ausgewählten Bewerbern am selben Tag zu erfolgen. Mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes wird die Angebotsfrist in Gang gesetzt.

Gemäß § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A, § 9 Nr. 2 VOL/A ist der öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren dazu verpflichtet, die Einbeziehung der Allgemeinen Vertragsbedingungen

## **8 Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote**

nach VOB/B bzw. VOL/B (in ihrer Gesamtheit) vorzuschreiben. Allerdings sind Ergänzungen oder Änderungen der Regelungen der VOB/B bzw. VOL/B möglich, wenn die Bestimmungen im Hinblick auf das konkrete Vorhaben einer näheren Festlegung bedürfen. Gerade das ist bei PPP-Vorhaben der Fall. Als langfristige, ganzheitliche, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand als Auftraggeber und dem privaten Auftragnehmer bedarf die Public Private Partnership einer individualvertraglichen Ausgestaltung, die den Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht wird. Die Übernahme der Planung und Herstellung des Projektgegenstandes, dessen Betrieb über die vereinbarte Vertragslaufzeit, die Einbeziehung der Finanzierung und ggf. Verwertung („Lebenszyklusansatz“) durch den Privaten bedarf einer fein austarierten Verteilung der Leistungspflichten und der Vertragsrisiken. Zu beachten ist jedoch, dass durch eine Änderung oder Ergänzung einer Regelung der VOB/B bzw. VOL/B der gesamte Vertrag einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegt, soweit die Änderungen nicht individuell ausgehandelt wurden.

Die Gestaltung eines PPP-Projektvertrages ist ein dynamischer Prozess. Der öffentliche Auftraggeber sollte den Vergabeunterlagen den Entwurf eines PPP-Vertrages beifügen. Der Entwurf des PPP-Projektvertrages sollte zumindest die Eckpunkte des Vorhabens in Bezug auf vom Privaten zu erbringende Leistungen, Laufzeit, Risikoallokation und Vergütungsmechanismen regeln. Der Inhalt des Vertragsentwurfs kann dann Gegenstand der Verhandlungen mit den Bietern sein. Je nach Inhalt des Vertragsentwurfes und den Besonderheiten des Einzelfalls wird der Auftraggeber zu kleineren oder größeren Abweichungen von seinem Vertragsentwurf bereit sein. Je nach konkretem Inhalt des PPP-Projektes sind sehr unterschiedliche vertragliche Gestaltungen denkbar. Aus vergaberechtlicher Sicht ist zu beachten, dass durch den PPP-Vertrag den Bietern keine ungewöhnlichen Wagnisse für Umstände und Ereignisse aufzubürden

sind, auf die sie keinen Einfluss haben (§ 9 Nr. 2 VOB/A). PPP-Vorhaben geben dem Auftraggeber insoweit keinen „Freibrief“, sämtliche Projektrisiken ohne weiteres auf den privaten Partner zu übertragen.

## **8.1. Funktionale (Leistungs-) Beschreibung für den Wettbewerblichen Dialog bzw. das Verhandlungsverfahren**

Die Leistungsbeschreibung (vgl. §§ 9, 9a VOB/A, §§ 8, 8a VOL/A), die im Wettbewerblichen Dialog als „Beschreibung“ (§ 6a Abs. 2 VgV) bezeichnet wird, bildet das Kernstück der Vergabeunterlagen. In der Leistungsbeschreibung wird festgelegt, welche Leistungen der Auftragnehmer erbringen muss. Die Beschreibung muss so eindeutig und erschöpfend sein, dass alle Bieter sie im gleichen Sinne verstehen können (Gleichbehandlungsgebot). Nur wenn die Leistungsbeschreibung hinreichend bestimmt ist, können die auf ihrer Grundlage abgegebenen Angebote objektiv nachvollziehbar miteinander verglichen werden (Transparenzgebot).

Die Auftraggeber können sowohl im Wettbewerblichen Dialog als auch im Verhandlungsverfahren eine sog. funktionale Leistungsbeschreibung erstellen, wenn die Gesamtleistung oder ihre Teile durch verkehrsübliche Bezeichnungen nach Art, Beschaffenheit und Umfang nicht hinreichend beschreibbar sind. Das ist bei PPP-Vergabeverfahren i.d.R. der Fall. Das liegt zum einen sachlich darin begründet, dass die Auftraggeber wegen der Komplexität des Verfahrens die Leistungsbestandteile (z.B. die Finanzierung) nicht hinreichend bestimmt festlegen können (vgl. die Ausführungen zur Anwendbarkeit des Wettbewerblichen Dialogs in Kapitel 4.3.1). Zum anderen verfolgen PPP-Vergabeverfahren gerade die Intention, die Einzelheiten der Umsetzung des Beschaffungsbedarfs den Bietern zu überlassen. Der wirtschaftliche Erfolg von PPP-Modellen hängt unter

## 8 Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote

anderem davon ab, dass Teile der Planung und Konzeption der Leistungen, und damit auch ein Teil des planerischen Risikos, auf die Bieter übertragen werden, um deren Sachverstand und unternehmerische bzw. technische Kreativität nutzbar zu machen. Auch im Hinblick auf die funktionale Leistungsbeschreibung gilt, dass man die Bieter keinen ungewöhnlichen Wagnissen aussetzen darf (§ 9 Nr. 2 VOB/A, § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A). Zugleich gilt der Grundsatz, dass auch bei funktionaler Leistungsbeschreibung eine einwandfreie Preisermittlung und insbesondere die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen ist (§ 9 Nr. 1 VOB/A, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A).

Der Auftraggeber gibt deshalb in einer funktionalen Leistungsbeschreibung durch die Umschreibung der Funktion, des Zweckes und weiterer Rahmenanforderungen („output specifications“)<sup>58</sup> ein Ziel vor, lässt aber den Weg dorthin im Wesentlichen offen, um einen Spielraum für unternehmerische Entscheidungen und Gestaltungen der Bieter zuzulassen (z.B. gewünschtes Raumklima anstatt der Vorgabe einer bestimmten Klima- oder Heizungstechnik). Sofern das PPP-Vorhaben auch den Betrieb umfasst, muss sich die Leistungsbeschreibung insbesondere auch auf die Betriebsphase erstrecken.

Allerdings muss die funktionale Leistungsbeschreibung zumindest die Eckpunkte für die technische und ästhetische Gestaltung des Bauwerks und der zu erbringenden Dienstleistungen, der Finanzierung sowie des Projektmanagements samt ggf. dazugehörigem Personaleinsatz als Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung definieren. Denn die funktionale Leistungsbeschreibung soll sicherstellen, dass – trotz einer Konzeptoffenheit – miteinander vergleichbare Angebote abgegeben werden.<sup>59</sup> Der Auftraggeber darf die

---

58 Siehe Leitfaden „Outputspezifikationen – Public Private Partnership im Hochbau“ der PPP-Task Force NRW, November 2003.

59 Vgl. EuGH, Slg. 2003, 11941, Rs. C-421/01 – Traunfellner, Rn. 29 f.

Planung und Konzeptionierung der Leistung nicht gänzlich den Bietern übertragen, sondern er muss die Eckpunkte seines Bedarfs selbst festlegen und in der Leistungsbeschreibung angeben. Für die funktionale Leistungsbeschreibung gilt deshalb der Grundsatz: Bezüglich der Eckdaten des Bedarfs so detailliert und konkret wie nötig und im Hinblick auf die Nutzung von Innovationspotenzial für die optimale Lösung so offen wie möglich.

Für den Wettbewerblichen Dialog ist der Auftraggeber für den Beginn der Dialogphase aufgefordert, in der Beschreibung seine „Bedürfnisse und Anforderungen“ bekannt zu geben (§ 6a Abs. 2, 2. Hs. VgV). Wie im strukturierten Verhandlungsverfahren ist es für einen transparenten und diskriminierungsfreien Dialog von entscheidender Bedeutung, dass der Auftraggeber Eckpunkte und Mindestanforderungen in dieser Beschreibung festlegt. Nur so können auch im Wettbewerblichen Dialog vergleichbare Lösungsvorschläge entstehen, die dem Bedarf des Auftraggebers entsprechen und diesen in die Lage versetzen, im gestuften Dialog die Lösungsvorschläge zu werten.

Für die Erstellung der Leistungsbeschreibung (und der Beschreibung im Wettbewerblichen Dialog) ist es in der Regel unerlässlich, dass der Auftraggeber eine sorgfältige Bestandsaufnahme des Ist-Zustandes durchführt und diese den Bietern zur Verfügung stellt. Nur auf dieser Basis ist den Bietern eine seriöse und wirtschaftliche Kalkulation der Kosten für die Erreichung des funktional beschriebenen Soll-Zustandes möglich.

Ob es bei einem komplexen PPP-Modell sinnvoll ist, in der Leistungsbeschreibung bereits ein bestimmtes Finanzierungskonzept vorzuschreiben, ist einzelfallabhängig. Grundsätzlich ist es aus Bietersicht wichtig, klare Aussagen zu den zugelassenen Finanzierungsformen

## 8 Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote

(Projektfinanzierung oder Forfaitierung mit Einredeverzicht) sowie zu den Spielräumen der Risikoverteilung zu erhalten.

### 8.2. Nebenangebote

Nach § 17 Nr. 1 Abs. 2u VOB/A, § 17 Nr. 3 Abs. 5 VOL/A hat der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen anzugeben, ob er Nebenangebote zulässt. Gemäß Art. 24 Abs. 2 VergabeRL 2004/18/EG sind Nebenangebote nicht zulässig, wenn sie nicht in der Bekanntmachung ausdrücklich für zulässig erklärt wurden. Ebenso bestimmt § 25a Nr. 3 VOB/A neuerdings, dass Nebenangebote die in den Vergabeunterlagen bzw. der Bekanntmachung geforderten Mindestbedingungen erfüllen müssen, so dass Nebenangebote danach wohl auch nur zulässig sind, wenn es überhaupt entsprechende Mindestbedingungen gibt.<sup>60</sup>

Soweit Nebenangebote zugelassen sein sollen, hat der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Nebenangebote erfüllen müssen (§ 25a Nr. 3 VOB/A). Der bloße Verweis darauf, dass Nebenangebote eine qualitativ gleichwertige Leistung enthalten müssen, reicht dazu nicht aus.<sup>61</sup> Es ist in der Rechtsprechung allerdings noch nicht abschließend geklärt, wie ausdrücklich die Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen erwähnt werden müssen. Teilweise wird verlangt, dass die Mindestanforderungen zu beschreiben sind, damit der Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe weiß, welche Anforderungen sein Nebenangebot erfüllen soll und wie und nach welchen Kriterien es gewertet

---

<sup>60</sup> § 25 Nr. 5 VOB/A und § 25 Nr. 4 VOL/A, wonach Nebenangebote grundsätzlich zu werten sind, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen waren, dürfte deshalb oberhalb der Schwellenwerte keine Geltung mehr haben.

<sup>61</sup> EuGH, Urteil vom 16.10.2003, Rs. C-421/01, ZfBR 2004, 85 ff. – Traunfellner, mit Anm. *Bultmann*, ZfBR 2004, 88 f.

werden wird.<sup>62</sup> Andere halten es hingegen für ausreichend, wenn sich die Mindestanforderungen für Nebenangebote im Wege der Auslegung der Verdingungsunterlagen oder aus allgemeinen Erwägungen ergeben.<sup>63</sup> Der Auftraggeber sollte die Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen jedoch ausdrücklich beschreiben, um auch den strengeren Anforderungen insbesondere der europäischen Rechtsprechung zu genügen.

Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Möglichkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren und im Wettbewerblichen Dialog das Bedürfnis nach einer Zulassung von Nebenangeboten verringert.<sup>64</sup> Die Zulassung von Nebenangeboten kann für den Auftraggeber jedoch dann vorteilhaft sein, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Bieter für den Auftraggeber günstige Abweichungen von der funktionalen Leistungsbeschreibung anbieten könnten oder falls der Auftraggeber hinsichtlich wesentlicher Leistungsbestandteile keine Parameter festlegen kann. Beispielsweise kann auch für den Auftraggeber unsicher sein, wann erforderliche Genehmigungen erteilt werden und ob der angestrebte Zeitpunkt für den Baubeginn eingehalten werden kann. Unter diesen Umständen kann es empfehlenswert sein, Nebenangebote zuzulassen, die von bestimmten Mindestanforderungen abweichen. Im Beispiel wäre es vorteilhaft, Nebenangebote zuzulassen, die die Option einer Verschiebung des Bauzeitbeginns beinhalten. Dem Auftraggeber ist aber grundsätzlich zu empfehlen, für die Nebenangebote keine allzu umfassenden Abweichungen von den Mindestanforderungen für

---

62 BayObLG, Beschluss vom 22.06.2004 – Verg 13/04; vgl. auch OLG Rostock, Beschluss vom 24.11.2004 – 17 Verg 6/04.

63 OLG Naumburg, Beschluss vom 08.02.2005 – 1 Verg 20/04 unter Verweis auf OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.08.2002 – Verg W 6/02, VergabeR 2003, 222; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.02.2005 – 6 Verg 6/04.

64 Ähnlich: Erläuterungen der Europäischen Kommission zum Wettbewerblichen Dialog, CC/2005/04\_rev1 vom 05.10.2005, Ziff. 3.1, Fn. 14.

## **8 Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote**

Hauptangebote zuzulassen, da andernfalls die Vergleichbarkeit von Haupt- und Nebenangeboten nicht gewährleistet ist. Nebenangebote sollten unter dem Vorbehalt stehen, dass die Bieter ein wertungsfähiges Hauptangebot abgegeben haben. Haupt- und Nebenangebote sind anhand derselben Zuschlagskriterien zu werten. Stellt sich die Frage der Zulassung von Nebenangeboten, sollten Kosten und Nutzen sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Nebenangebote erhöhen den Bearbeitungsaufwand und erschweren teilweise die Vergleichbarkeit der Angebote. Auf der anderen Seite aktivieren sie möglicherweise das Innovationspotential der Bieter, was im Ergebnis für den Auftraggeber sehr vorteilhaft sein kann. Daher sollten die Mindestanforderungen auch nicht zu detailliert vorgegeben werden. Gegebenenfalls kann hier auch zwischen den verschiedenen Stufen des Verhandlungsverfahrens bzw. im Wettbewerblichen Dialog zwischen der Dialogphase und der Angebotsphase differenziert werden. So ist es sachgerecht, zulässig und üblich, im Rahmen der indikativen Angebote bzw. in der Dialogphase Nebenangebote zuzulassen, diese aber für das letzte Angebot bzw. (im Wettbewerblichen Dialog) in der sog. Angebotsphase einzuschränken oder auszuschließen.

### **8.3. Bekanntgabe der Zuschlagskriterien**

Die Zuschlagskriterien sind auf allen Stufen eines Verhandlungsverfahrens oder Wettbewerblichen Dialogs die Messlatte für die Wertung der Angebote bzw. Lösungsvorschläge. Ihre Kenntnis ist deshalb für die Bieter von größter Bedeutung. Erst die vorherige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien sichert die Durchführung eines unparteilichen und transparenten Vergabewettbewerbs. Der Auftraggeber muss deshalb entscheiden, welche Zuschlagskriterien er heranziehen möchte und wie die Zuschlagskriterien gewichtet werden sollen.

In PPP-Vergabeverfahren wird der niedrigste Preis allein in aller Regel nicht das Zuschlagskriterium sein. Zu einem gewichtigen Anteil ist die angebotene Leistung zu bewerten. Das ist vergaberechtlich ohne weiteres zulässig, denn der Zuschlag wird auf das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ erteilt (§ 97 Abs. 5 GWB).<sup>65</sup> Der Begriff der „Wirtschaftlichkeit“ des Angebots hat keine eigenständige Bedeutung und muss deshalb durch die Benennung konkreter Zuschlagskriterien konkretisiert werden. Zulässig sind gemäß Art. 53 Abs. 1 VergabeRL 2004/18/EG „Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- und Ausführungsfrist oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises“. Die in den Vergaberichtlinien genannten Wirtschaftlichkeitskriterien sind jedoch weder zwingend noch abschließend.<sup>66</sup>

Für PPP-Vergabeverfahren empfiehlt sich eine Mischung aus dem Kriterium „Preis“ und weiteren qualitativen Kriterien, die für den Auftraggeber bedeutsam sind. Typische qualitative Kriterien, die sich für PPP-Verfahren anbieten, sind „Qualität der Architektur und der Baumaterialien und Bauweise“, „Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Betriebs“ und „Qualität der Ausstattung“ (vgl. dazu das Beispiel in Musterformular 13.4).

Das Gewicht des Kriteriums „Architektur“ ist abhängig von der Art des PPP-Projektes. Durch die Übertragung der Wertung der architektonischen Qualität eines Angebots auf ein Wertungsgremium, das ähnlich wie bei einem Architekturwettbewerb zusammengesetzt wird, verobjektiviert sich die Angebotswertung.

---

65 § 25 Nr. 3 VOL/A bzw. § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 und 3 VOB/A

66 EuGH, Slg. 2003, 6351, Rs. C-315/01, – GAT, Rn. 64.

## 8 Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote

Gleichwohl besteht die Gefahr, dass bei der Würdigung der architektonischen Qualität der angebotene Preis bereits mit einfließt. Um diese Verzerrung zu verhindern, kann im Einzelfall das sog. „Zwei-Umschläge-Verfahren“ verwendet werden.<sup>67</sup> Dabei geben die Bieter ihre Vorschläge für die „Architektur“ einerseits und den Preis und die übrigen Leistungen andererseits in zwei getrennten Umschlägen ab. Sodann werden zuerst die „Architektur-Umschläge“ geöffnet und gewertet. Erst anschließend werden die „Preis-Umschläge“ geöffnet und gewertet. Das Zwei-Umschläge-Verfahren kommt in einigen EU-Mitgliedstaaten (z.B. Großbritannien, Italien, Österreich, Spanien) bei komplexen Beschaffungsvorhaben zur Anwendung.

Kein zulässiges Zuschlagskriterium ist grundsätzlich ein „Mehr an Eignung“, denn die Eignungsprüfung ist ein abschließender Wertungsvorgang im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs. Die Ergebnisse der Eignungsprüfung dürfen deshalb nicht auf der Ebene der Wertung der Angebote gemäß § 25 Nr. 3 VOB/A nochmals berücksichtigt werden.<sup>68</sup> Grundsätzlich räumt das Vergaberecht dem Auftraggeber auch hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Der Auftraggeber ist bei der Gewichtung frei, soweit die Gewichtungsmethode „eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dient“<sup>69</sup>. Bewährt hat sich die Erstellung eines Punktsystems, in dem die Kriterien und deren relative Gewichtung zueinander festgelegt werden (Bewertungsmatrix). Die Bewertungsmatrix muss die zulässigen und gebotenen Wertungskriterien in ein nach Sach Gesichtspunkten sinnvolles Verhältnis zueinander bringen und eine sachbezogene Ausfüllung zulassen.

---

<sup>67</sup> Vgl. dazu *Vavrovsky*, RPA 2002, 69, 73.

<sup>68</sup> Ein „Mehr an Eignung“ kann daher nicht als Zuschlagskriterium herangezogen werden, BGH, Urteil vom 08.09.1998 – X ZR 109-96, NJW 1998, 3644.

<sup>69</sup> EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01 – Wienstrom, VergabeR 2004, 36, 42, Rn. 39.

Die europäischen Vergaberichtlinien sehen vor, dass der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen die Zuschlagskriterien angibt, deren Verwendung er vorsieht, und zwar in der Reihenfolge der ihnen zugedachten Bedeutung. Die Vergaberichtlinie 2004/18/EG sieht vor, dass der Auftraggeber im Regelfall auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung bzw. in der Beschreibung anzugeben hat.<sup>70</sup> Eine entsprechende Bestimmung findet sich nunmehr in § 10 a Nr. a VOB/A n.F.<sup>71</sup>

Sinn und Zweck der genannten Regelungen ist es insbesondere, den interessierten Bietern zu ermöglichen, sich in allen Phasen eines strukturierten Verhandlungsverfahrens bei der Angebotserstellung bzw. im Wettbewerblichen Dialog in Dialog- und Angebotsphase auf die Wertungsschwerpunkte, Erwartungshaltung und Prioritäten des Auftraggebers bei den Wertungs- und Auswahlentscheidungen einzurichten und so die Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz des Vergabeverfahrens effektiv zu gewährleisten. Eine Veränderung einmal benannter Kriterien nach Angebotsabgabe sowie die Einführung zusätzlicher Kriterien ist nicht zulässig. Es empfiehlt sich dringend, die Zuschlagskriterien in einer detaillierten Bewertungsmatrix mit konkreten Gewichtungsfaktoren und nachvollziehbaren Unterkriterien zu hinterlegen.

## **8.4. Bewertungsmatrix**

Da in einem PPP-Vergabeverfahren typischerweise nicht allein der niedrigste Preis, sondern das beste Preis-Leistungs-Verhältnis als Zuschlagskriterium gewählt wird, ist die Anwendung eines vergabe-rechtskonformen Bewertungssystems erforderlich, das Preis und

---

<sup>70</sup> VergabeRL 2004/18/EG, ABl. EG Nr. L 134/114, Art 53 Abs. 2.

<sup>71</sup> VOB 2006 (BGBl. I S. 2334)„, In-Kraft-Getreten am 01.11.2006.

## 8 Erstellen der Vergabeunterlagen, insbesondere der Anforderungen an die Lösungsvorschläge/Angebote

Leistung eines jeden Angebots transparent und konsistent abbildet und dadurch die eingereichten Angebote objektiv miteinander vergleichbar macht.

Ein solches Bewertungssystem ordnet in der Regel sowohl dem Leistungsumfang als auch dem Preis eines jeden Angebots einen separaten Punktwert zu, der mit zunehmendem Wert der Leistung (gemessen an Qualität und Umfang) steigt bzw. mit zunehmendem Angebotspreis<sup>72</sup> sinkt. In der Regel werden Preis- und Leistungspunkte zudem entsprechend den Präferenzen der Vergabestelle (und ggf. unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Vorgaben) gewichtet. Der Zuschlag wird sodann auf dasjenige Angebot erteilt, welches die höchste Summe aus (gewichteten) Preis- und Leistungspunkten erhalten hat.

Alternativ zur separaten Bewertung und Gewichtung von Preis und Leistung operieren einige Bewertungsmethoden<sup>73</sup> – so auch die im vorliegenden Musterbeispiel 13.4 verwendete – mit der Bildung einer abstrakten Kennziffer aus Leistungspunkten und dem Angebotspreis, anhand deren Höhe die zu bewertenden Angebote in eine ordinale Rangfolge gebracht werden können. Da ein solches Verfahren aber z.T. wenig robust gegen subjektive Schwankungen bei der Leistungspunktevergabe ist, sind in bestimmten Anwendungsfällen

---

72 Unter „Angebotspreis“ werden die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen rechnerisch vereinheitlichten Kosten der Durchführung des Projekts auf der Grundlage eines jeweiligen Angebots verstanden. Dazu gehören insbesondere die Abzinsung zu leistender Zahlungsströme auf einen einheitlichen Stichtag (Barwertermittlung) sowie unter bestimmten Umständen die Anrechnung etwaiger kostenwirksamer Nebenaspkte, wie z.B. Bauzeitverkürzungen, Nebenleistungen etc.

73 Darunter die sog. UfAB III-Methode nach der „Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen“ der Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung, vgl. UfAB III – Version 2.0, Schriftenreihe der KBSt, Bd. 69, Januar 2005, ISSN 0179-7263, zu beziehen unter <http://www.kbst.bund.de/-,243/UfAB.htm>.

weitere rechnerische Auswertungsschritte erforderlich (vgl. sog. „erweiterte Richtwertmethode“ der UfAB III) um zu einem belastbarem Ergebnis zu gelangen.

Beide methodischen Ansätze sind grundsätzlich durch die Rechtsprechung gedeckt, weisen aber spezifische Vor- und Nachteile auf. Kennziffernmethoden sind aus Sicht der Bieter u.U. wenig transparent und erschweren es ihnen daher, die spätere Rangposition ihres eigenen Angebots zu antizipieren, um dieses vorab optimal auf die Präferenzen der Vergabestelle abstimmen zu können. Dagegen besteht die Schwierigkeit bei Methoden der separaten Punktwertung von Preis und Leistung oft darin, die Präferenzen der Vergabestelle mathematisch sinnvoll und zutreffend abzubilden.

## Beantwortung von Fragen der Bieter/Dialogteilnehmer

Bevor die Bieter ihre Lösungsvorschläge oder Angebote einreichen, sollten sie Gelegenheit erhalten, Unklarheiten der Vergabeunterlagen beim Auftraggeber aufzuklären. § 17 Nr. 7 Abs. 1 VOB/A und § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOL/A sehen vor, dass die Bieter sachdienliche Auskünfte über die Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb und die Angebotsbedingungen verlangen können, die der Auftraggeber ihnen unverzüglich zu erteilen hat. Die Antworten des Auftraggebers auf die Bieterfragen werden Bestandteil der Leistungsbeschreibung. Deshalb ist eine vorsichtige und sorgfältige Beantwortung der Fragen geboten. Um eine ordnungsgemäße Dokumentation zu ermöglichen, sind die Auskünfte stets schriftlich zu geben und die entsprechenden Durchschriften in die Vergabeakten zu nehmen. Der Empfang der Auskünfte durch den Bieter sollte bestätigt werden.

Der Auftraggeber kann die Beantwortung der Bieterfragen auch dazu nutzen, von ihm selbst entdeckte Fehler und Ungenauigkeiten in den Vergabeunterlagen zu korrigieren, sofern dies nicht zu grundlegenden Änderungen der Unterlagen führt. Die Bieter sind ihrerseits bei objektiv erkennbaren Unklarheiten der Leistungsbeschreibung verpflichtet, eine Anfrage an den Auftraggeber zu richten. Tut ein Bieter dies nicht, muss er die unterbliebene Sachaufklärung unter Umständen gegen sich gelten lassen. Das heißt, er könnte in einem späteren Vergabenachprüfungsverfahren keine Verletzung seiner Bieterrechte damit begründen, er sei durch die unklaren Verdingungsunterlagen diskriminiert worden, wenn er die Unklarheiten nachweislich bereits im Zuge der Angebotserstellung erkannt hatte (vgl. § 107 Abs. 3 GWB). Meint ein Bieter beispielsweise, die Vergabestelle habe die an Alternativangebote zu stellenden Mindestanforderungen nicht hinreichend präzise festgelegt, muss er dies unverzüglich

rügen.<sup>74</sup> Andernfalls kann er sich später grundsätzlich nicht erfolgreich dagegen wehren, falls seine Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, nicht nur dem anfragenden Bieter, sondern allen Bietern eine erklärende Auskunft und Antworten zu erteilen. Um sicherzustellen, dass gleiche Wettbewerbsbedingungen vorliegen, sind alle Bieter zeitgleich zu informieren. Bei der Übermittlung des Fragen-/Antwortenkatalogs ist zur Wahrung der Geheimhaltung unbedingt darauf zu achten, dass die Identität der Fragenden nicht ersichtlich ist.

---

74 VK Brandenburg, Beschluss vom 24.11.2005 – 1 VK 69/05.

## Gestufte Auswahl der Lösungsvorschläge und Angebote

### 10.1. Öffnung der Angebote bzw. Lösungsvorschläge

§ 22 VOB/A und § 22 VOL/A legen formelle Anforderungen für die Eröffnung und Prüfung der Angebote fest. Beim Verhandlungsverfahren und beim Wettbewerblichen Dialog gelten § 22 VOB/A und § 22 VOL/A zwar nicht unmittelbar, wohl aber die Grundsätze der Formstrenge und Transparenz.<sup>75</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn sich an die Vorlage von indikativen Angeboten bzw. von Lösungsvorschlägen und erst recht endgültigen Angeboten Auswahl- und Zuschlagsentscheidungen anknüpfen. Es empfiehlt sich daher dringend, Angebote und Lösungsvorschläge entsprechend § 22 VOB/A, § 22 VOL/A zu behandeln und einen entsprechenden Eröffnungstermin durchzuführen. Über die dort getroffenen Feststellungen ist eine Niederschrift zu fertigen.

Zur Gewährleistung eines effizienten und unverfälschten Vergabewettbewerbs ist es allerdings geboten, für die Geheimhaltung der Angebote und Lösungsvorschläge zu sorgen. Verhandlungen bzw. ein Dialog mit den Teilnehmern am Vergabeverfahren werden zwecklos, wenn die Bieter untereinander Kenntnisse über die Angebote ihrer Wettbewerber erlangen. Deshalb wird auch weder im Verhandlungsverfahren noch im Wettbewerblichen Dialog ein Eröffnungstermin durchgeführt, an dem die Bieter und ihre Bevollmächtigten teilnehmen.

---

75 BGH, Urteil vom 29.03.1990, VII ZR 240/88, NJW-RR 1990, 858

## 10.2. Wertung der Angebote bzw. Lösungsvorschläge

Die sukzessive Auswahl der Angebote im gestuften Verfahren erfolgt im Wettbewerblichen Dialog anhand der Lösungsvorschläge und der endgültigen Angebote und im Verhandlungsverfahren anhand der indikativen sowie der qualifizierten und endgültigen Angebote, die jeweils nach Maßgabe der bekannt gemachten Zuschlagskriterien gewertet werden.

Die Angebotswertung ist in §§ 23, 25 VOB/A und §§ 23, 25 VOL/A geregelt. Danach muss der öffentliche Auftraggeber zunächst die Einhaltung der formalen Anforderungen prüfen und die Angebote dann inhaltlich werten sowie anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien miteinander vergleichen. Die Bieter haben einen Anspruch auf strikte Gleichbehandlung bei der Wertung.<sup>76</sup> Verstöße dagegen können im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden (vgl. § 97 Abs. 7 GWB).

Die Wertung der Angebote erfolgt nach Maßgabe der §§ 25 VOB/A bzw. VOL/A grundsätzlich in vier Stufen, die förmlich voneinander zu trennen sind:

- Auf der 1. Stufe werden die aufgrund offensichtlicher (formaler) Mängel auszuschließenden bzw. ausschließbaren Angebote ermittelt, ohne dass die Angebote inhaltlich zu prüfen sind (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A, § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A).
- Auf der 2. Stufe ist eine beschränkte Eignungsprüfung vorzunehmen. Diese ist begrenzt auf die Frage, ob Umstände vorliegen, die nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe Zweifel an der Eignung eines Bieters begründen (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A). Die generelle Eignung der Bieter ist bereits im Rahmen des Teilnahme-

---

<sup>76</sup> VK Bund, Beschluss vom 17.01.2002, VK 2 – 46/01.

wettbewerbs zu prüfen. Die einzelnen Prüfungsschritte sind im Musterformular 13.6 „Formelle Prüfung der Angebote“ festgehalten.

- Auf der 3. Stufe sind sodann die Preise auf ihre Angemessenheit zu überprüfen (§ 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 und 3 S. 1 VOB/A, § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A).
- Schließlich sind auf der 4. Stufe die Angebote im Rahmen eines wertenden Vergleichs auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu untersuchen (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A, § 25 Nr. 3 VOL/A, vgl. Musterformular 13.7 „Materielle Wertung der Angebote“).

### 10.3. Mitteilungen an die ausscheidenden Bieter bzw. Teilnehmer am Dialog

Bereits im laufenden Vergabeverfahren sollte den auf den verschiedenen Verfahrensstufen ausscheidenden Teilnehmern das Wertungsergebnis mit einer individualisierten Begründung umgehend mitgeteilt werden. Für den Wettbewerblichen Dialog verpflichtet § 6a Abs. 4 S. 3 VgV die Auftraggeber, die in der Dialogphase ausscheidenden Unternehmen über ihre Nichtberücksichtigung im weiteren Verfahren zu informieren. Entsprechendes regeln §§ 27 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A und §§ 27 Nr. 1 und 2 VOL/A, die auch für das Verhandlungsverfahren gelten.

Den Bietern sollte anhand der in den Vergabeunterlagen festgelegten Bewertungsmatrix nachvollziehbar dargelegt werden, warum ihr Angebot bzw. ihr Lösungsvorschlag schlechter bewertet wurde als Angebote oder Lösungsvorschläge der übrigen Wettbewerber. Angebotsdetails anderer Bieter oder Dialogteilnehmer sowie die Namen dieser Unternehmen sind zur Wahrung des Geheimwettbewerbs jedoch niemals im laufenden Vergabeverfahren offen zu legen.

Durch die Mitteilung über das Ausscheiden vom Vergabeverfahren und die Gründe dafür schafft der Auftraggeber Rechtssicherheit. Denn wenn die Bieter bzw. Teilnehmer am Dialog eine tatsächlich oder vermeintlich vergaberechtswidrige Auswahlentscheidung nicht unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber rügen, sind sie für ein etwaiges Vergabenachprüfungsverfahren mit sämtlichem Vorbringen präkludiert, das sich auf die bereits bekannten Vergabefehler stützt (§ 107 Abs. 3 GWB, vgl. Kapitel 12.1.1). Erläutert der Auftraggeber den Bietern seine objektiv nach Maßgabe der Angebotsbedingungen und der Zuschlagskriterien begründete Auswahlentscheidung, so vermindert das zudem das Risiko von Vergabenachprüfungsverfahren. Denn diese werden nicht zuletzt deshalb angestrengt, weil sich Bieter wegen einer intransparenten Angebotswertung ungerecht behandelt fühlen. Der Auftraggeber sollte sich ungeachtet dessen auch aus Respekt vor dem regelmäßig sehr zeit- und kostenaufwändigen Engagement der Bieter im Vergabeverfahren die Mühe einer aussagekräftigen Darstellung der Angebotswertung machen.

## 10.4. Verhandlungen mit den Bietern

Im Anschluss an die Auswertung der qualifizierten Angebote werden mit den Bietern Verhandlungen geführt. Dies gilt sowohl für das Verhandlungsverfahren als auch für den Wettbewerblichen Dialog.

Verhandlungen sind im Wettbewerblichen Dialog während der Dialogphase ohne weiteres zulässig (§ 6a Abs. 3 S. 2 VgV). Im Verhandlungsverfahren sind Verhandlungen „auch über Änderungen der Angebote und Preise“ möglich. Allerdings darf der Auftraggeber weder im Wettbewerblichen Dialog noch im Verhandlungsverfahren gegen die allgemeinen Vergabegrundsätze des § 97 Abs. 1 bis 5 GWB und § 2 VOB/A, § 2 VOL/A verstoßen. Preisverhandlungen mit mehre-

ren Bieter dürfen somit nicht das alleinige Ziel verfolgen, die Bieter gegeneinander auszuspielen, um den Angebotspreis möglichst weit nach unten zu drücken. Ein Verhandeln über die angebotenen Preise ist allerdings zulässig, wenn zugleich Änderungen des Leistungsinhalts vereinbart werden. Letztlich ist die Zulässigkeit von Preisverhandlungen im Wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren eine Frage der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.

Nach Abgabe der endgültigen Angebote sind die Verhandlungen über die Angebote im Wettbewerblichen Dialog auf „Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen“ beschränkt (vgl. Kapitel 4.3.2, Ziff. 5a, b). Eine entsprechende Beschränkung gilt für den Zeitraum nach Abgabe der endgültigen Angebote im Verhandlungsverfahren (vgl. oben Kapitel 4.5, unter Ziff. 1).

Zum Schutze der Bieterinteressen gilt auch im Verhandlungsverfahren die Geheimhaltungsverpflichtung nach § 24 Nr. 1 Abs. 2 S. 1 VOB/A, wonach die im Angebot selbst enthaltenen, aber auch die nachträglich ergänzten und geänderten Angebotsinhalte, geheim zu halten sind. Weiterhin sind nach § 24 Nr. 1 Abs. 2 S. 2 VOB/A die Ergebnisse der Verhandlungen unabhängig von der Verfahrensart schriftlich niederzulegen. Entsprechendes gilt für den Wettbewerblichen Dialog (vgl. § 6a Abs. 3 S. 3, Abs. 6 S. 3 VgV).

Zur optimalen Vorbereitung der Vergabeverhandlungen sollten den ausgewählten Bietern nicht nur die Termine der Bietergespräche vorab schriftlich mitgeteilt werden, sondern es sollten vorab bereits Unklarheiten aufgeklärt sowie eine möglichst klare Agenda für die Verhandlungen bzw. den Dialog festgelegt und mitgeteilt werden.

Der Abschluss des Vergabeverfahrens erfolgt in drei Schritten: dem Vorabinformationsschreiben gemäß § 13 VgV, der Zuschlagserteilung an den Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot und der Bekanntmachung über vergebene Aufträge. Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind insbesondere die Informationspflichten hinsichtlich nicht berücksichtigter Angebote aus § 27 VOB/A und § 27 VOL/A zu beachten. Ferner ist in jedem Fall ein Vergabevermerk zu fertigen.

### 11.1. Vorabinformation gemäß § 13 VgV

Gemäß § 13 Satz 1 VgV sind die „Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen,“ 14 Kalendertage vor Erteilung des Zuschlags über den Namen des Zuschlagsempfängers und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots schriftlich zu informieren. Die Zuschlagsinformation kann sowohl per Post als auch per Telefax versandt werden. Ausreichend kann auch eine Übermittlung per E-Mail sein. Vor Ablauf der Frist darf der Vertrag nicht geschlossen werden; andernfalls ist er nichtig (§ 13 S. 5 und 6 VgV).

Der Vertrag kann allerdings unter der aufschiebenden Bedingung eines Verstreichens der Frist nach § 13 VgV (einschließlich Bestimmungen für den Fall, dass ein Bieter einen Vergabenachprüfungsantrag stellt) geschlossen werden. Alternativ kann der PPP-Vertrag nach Ablauf der 14-Tages-Frist unterzeichnet werden.

Die 14-Tages-Frist des § 13 Satz 2 VgV beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an (§ 13 Satz 3

und 4 VgV). Allerdings muss die Zuschlagsinformation dem Bieter wenigstens innerhalb der 14-Tages-Frist zugegangen sein. Der Zugang der Information beim Bieter ist daher keineswegs entbehrlich. Deshalb sollte sich auch der Auftraggeber den Zugang vom Bieter in geeigneter Form (z.B. mit einer gefaxten Empfangsbestätigung) bestätigen lassen, denn derartige Nachweise können für die Frage, ob ein abgeschlossener Vertrag nichtig ist, von entscheidender Bedeutung sein.

Der Name des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, ist den übrigen Bietern mitzuteilen. Verstößt der Auftraggeber gegen diese Pflicht, so hat dies die Nichtigkeit des später geschlossenen Vertrages zur Folge.<sup>77</sup> Die Informationspflicht dient der Transparenz der Vergabeentscheidung und soll – neben der Mitteilung der Gründe für die Nichtberücksichtigung – dem unterlegenen Bieter eine realistische Einschätzung seiner Aussichten im Verfahren auf Erlangung von Vergaberechtschutz ermöglichen.

Nach der Gesetzesbegründung soll für eine Zuschlagsinformation nach § 13 VgV ein „Standardtext“ ausreichen, der jedoch eine „jeweilige für den Einzelfall tragende Begründung“ enthalten muss.<sup>78</sup> Die knappe formale Mitteilung, dass der Zuschlag auf das Angebot eines anderen Bieters erteilt werden soll, weil dieses nach den bekannt gemachten Zuschlagskriterien auf den ersten Rang gewertet wurde, soll grundsätzlich ausreichen.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> § 13 Satz 6 VgV.

<sup>78</sup> Vgl. BR-Drucksache 455/00, 02.08.2000.

<sup>79</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.08.2001 – Verg 28/01; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.2003, U (Kart) 36/02; BayObLG, VergabeR 2002, 383, 384.

Bei PPP-Projekten sollte der Auftraggeber hinreichend deutlich machen, warum das betreffende Angebot nicht weiter berücksichtigt wurde. Das Ausmaß der Begründung hat auch die Komplexität des Auftrags und den daraus resultierenden Umfang für die Angebots-erstellung zu berücksichtigen. Der Auftraggeber sollte – ebenso wie bei den Mitteilungen an die ausgeschiedenen Bieter (vgl. unter Ziff. 10.3) – anhand der Angebotsbedingungen und der Zuschlagskriterien zumindest in groben Zügen darlegen, warum das Angebot und/oder die Nebenangebote des betreffenden Bieters entweder von der Wertung ausgeschlossen wurden oder bei welchen der bekannt gemachten Zuschlagskriterien das Angebot des betreffenden Bieters hinter dem des letztlich erfolgreichen Bieters zurücklag.

## **11.2. Bekanntmachung über vergebene Aufträge**

Die Auftragserteilung ist grundsätzlich gemäß § 28a VOB/A, § 28a VOL/A im Amtsblatt der EG bekannt zu machen. Das ermöglicht es den interessierten Unternehmen, sich über den Fortgang und Abschluss eines Vergabeverfahrens zu informieren und zu überprüfen, ob ihre Rechte gewahrt wurden. Die Bekanntmachung ist spätestens 48 Kalendertage nach Auftragserteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG zu schicken.

Der Auftraggeber kann von solchen Angaben in der Bekanntmachung absehen, deren Veröffentlichung dem öffentlichen Interesse zuwiderliefe. Von bestimmten Angaben kann weiter abgesehen werden, wenn ihre Veröffentlichung berechnete Interessen einzelner Unternehmer oder den fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würde.

### 11.3. Vergabevermerk

Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, einen Vermerk über die Vergabe zu fertigen, „der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält“ (§ 30a VOB/A, § 30 Nr. 1 VOL/A, Art. 43 VergabeRL 2004/18/EG). Die Bieter haben ein subjektives Recht auf ausreichende Dokumentation der wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens. Diesen Anspruch können sie im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens auch durch ein Recht auf Akteneinsicht nach § 111 GWB durchsetzen.

Im Vergabevermerk müssen insbesondere die folgenden Punkte enthalten sein (vgl. § 30a VOB/A):

- Name und Anschrift des Auftraggebers;
- Art und Umfang der Leistung;
- gewählte Verfahrensart einschließlich der Begründung für deren Wahl;
- geschätzter Auftragswert in EUR (für die Beurteilung, ob die Schwellenwerte nach § 3 VgV erreicht sind);
- Begründung, warum keine Aufteilung in Lose vorgenommen wird;
- chronologische Angaben zu den einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens mit Datumsangaben;
- Anzahl der Bewerber auf der entsprechenden Stufe des Vergabeverfahrens;
- Auskunft über die Auswahl des Bewerberkreises (nach Abschluss des Teilnahmeverfahrens ist die Anzahl der rechtzeitig eingegangenen Teilnahmeanträge zu dokumentieren, vgl. Musterformular 13.3. „Auswahl der Teilnahmeanträge“);
- Ablauf und Ergebnis der Angebotswertung einschließlich der Begründungen für Auswahl und Ablehnung;
- Anteil der beabsichtigten Untervergaben, sofern diese bereits bekannt sind;

- Datum der Absendung der Zuschlagsinformation gemäß § 13 VgV sowie schließlich der Zuschlagserteilung. Im Falle der Aufhebung sind die Gründe für die Aufhebung darzulegen.

Die aufgeführten Punkte stellen keine abschließende Aufzählung der denkbaren Inhalte eines Vergabevermerks dar. Im Grundsatz sollte ein Vergabevermerk jedoch zu sämtlichen oben genannten Gesichtspunkten zumindest stichpunktartige Angaben enthalten.<sup>80</sup>

Jeder wesentliche Verfahrensschritt ist laufend in der Vergabeakte zu dokumentieren. Eine Begründung der einzelnen Entscheidungen ist nur dann erforderlich, wenn dem Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zusteht, wie z.B. bei der Wertung der Angebote.

---

<sup>80</sup> Vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 05.11.2004 – 203-VgK-48/2004.

## 12.1. Primärrechtsschutz

### 12.1.1. Oberhalb der Schwellenwerte

Für den oberhalb der Schwellenwerte liegenden Bereich sieht das Vergaberecht in den §§ 102 ff. GWB ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten vor. Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen „Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält“.

In erster Instanz erfolgt die Überprüfung der Vergabeverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte nach dem GWB durch die Vergabekammern. Dieses Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer wird gemäß §§ 107 Abs. 1, 108 GWB auf schriftlichen Antrag bei der örtlich und sachlich zuständigen Vergabekammer eingeleitet. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem betreffenden Auftrag hat und gemäß § 107 Abs. 2 GWB darlegt, dass es in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und dass ihm durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Sein Interesse an dem Auftrag hat der Antragsteller bereits durch die Abgabe eines Hauptangebots oder mehrerer Nebenangebote dokumentiert. Hat sich ein Bieter nicht am Vergabeverfahren beteiligt, so ist er in aller Regel nicht antragsbefugt. Bieterschützende Rechte im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB sind z.B. Mindestbedingungen in den Verdingungsunterlagen oder die Vorschrift des § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A.

Hat der Auftraggeber fehlerhaft statt europaweit nur national ausgeschrieben, so soll ebenfalls ein Nachprüfungsverfahren zulässig sein.<sup>81</sup> Dieses ist zulässig, weil über die Pflicht zur europaweiten

---

<sup>81</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2006 (VII Verg 35/06)

Ausschreibung zu entscheiden ist.

Besondere praktische Relevanz hat die Rügepflicht gemäß § 107 Abs. 3 GWB.<sup>82</sup> Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, falls der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die bereits aufgrund der Vergabebekanntmachung erkennbar waren, sind spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewertung zu rügen.

Ein entscheidendes Merkmal des Nachprüfungsverfahrens sind die engen zeitlichen Vorgaben im Rahmen des beschleunigten Verfahrens. Die Vergabekammer soll regelmäßig innerhalb von fünf Wochen ihre Entscheidung treffen und begründen (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB). Dadurch sollen Investitionsblockaden verhindert werden. Die Vergabekammer entscheidet in Form eines vollstreckbaren Verwaltungsakts, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Sie hat geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (§ 114 Abs. 1 GWB).

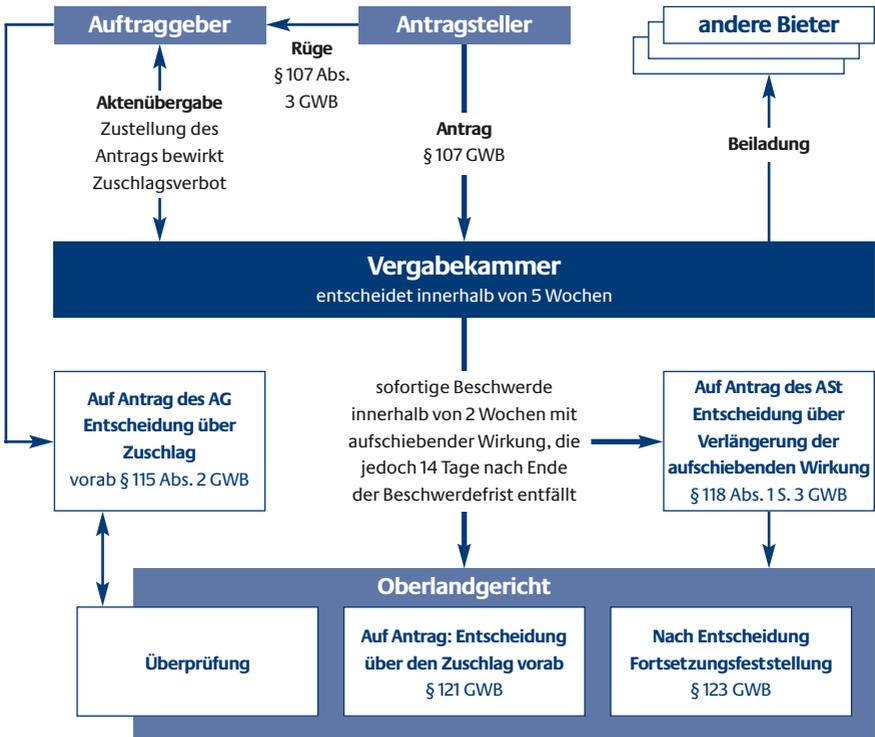
Der Beschwerderechtszug zum OLG umfasst neben dem Verfahren der Wiederherstellung des Suspensiveffektes (§ 115 Abs. 2 GWB) drei weitere Verfahren: Sofortige Beschwerde (§ 116 GWB), Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB) und die Vorabentscheidung über den Zuschlag.

---

<sup>82</sup> Umfassend dazu *Kühnen*, Die Rügeobliegenheit, NZBau 2004, 427 ff.

## 12 Hinweise zum vergaberechtlichen Rechtsschutz

### Übersicht: Schematische Darstellung eines Nachprüfungsverfahrens



### 12.1.2. Unterhalb der Schwellenwerte

Die Möglichkeit, unmittelbar auf das Vergabeverfahren einzuwirken und rechtswidrige Entscheidungen zu verhindern oder aufzuheben (Primärrechtsschutz), besteht bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen<sup>83</sup> sowie bei der Beschaffung und Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte<sup>84</sup> derzeit nach dem GWB grundsätzlich

<sup>83</sup> EuGH, Slg. 2002, 4685, Rs. C-358/00 – Verlagsvertrag; EuGH, Slg. 2000, 10745, Rs. C-324/98 – Telaustria.

<sup>84</sup> Pünder, VerwArch 2004, 38, 53.

nicht.<sup>85</sup> Vereinzelt wurde in der Rechtsprechung angenommen, dass für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte grundsätzlich der Verwaltungsgerichtsweg eröffnet sei.<sup>86</sup> Inzwischen hat jedoch das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Verwaltungsgerichte nicht zuständig sein sollen und auf die Zivilgerichte verwiesen.<sup>87</sup>

Eine Missachtung der Einhaltung der Vergabevorschriften kann jedoch auch unmittelbar zu (kommunal)aufsichtsrechtlichen Maßnahmen oder Beanstandungen durch die sog. Vergabeprüfstellen führen.

## 12.2. Sekundärrechtsschutz

### 12.2.1. Oberhalb der Schwellenwerte

Im Hinblick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Vertrauensschäden enthält § 126 GWB für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte eine Beweiserleichterung.<sup>88</sup> Für Ansprüche wegen Vertrauensschäden muss der Kläger lediglich eine Verletzung seiner Rechte und seine „echte Chance“ auf den Zuschlag nachweisen. Hinsichtlich des Rechtsverstoßes bestimmt § 124 Abs. 1 GWB eine Bindung des ordentlichen Gerichts an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer bzw. die Entscheidung des Oberlandesgerichts. Der Rechtsverstoß kann gemäß § 114 Abs. 2 S. 2

85 Vgl. auch BVerfG – Beschluss vom 13.06.2006 (Az: 1 BvR 1160/03), nach dem Beschränkung des Primärrechtsschutzes auf Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte verfassungsgemäß ist.

86 OVG Koblenz, Beschluss vom 25.05.2005 – 7 B 10356/05.OVG; so zuvor auch schon das VG Lüneburg, Beschluss vom 02.02.2005 – 1 B 1/05; a.A. allerdings OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21.09.2005 – OVG 1 S 105.05; VG Leipzig, Beschluss vom 06.09.2005 – 5 K 1018/05.

87 BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07.

88 Zur Geltendmachung von Ansprüchen gemäß § 126 GWB vgl. *Horn/Graef*, NZBau 2005, 505 ff.

GWB im Wege einer Fortsetzungsfeststellungsklage auch dann noch geltend gemacht werden, wenn sich das Nachprüfungsverfahren wegen Erteilung des Zuschlags erledigt hat. Gemäß § 126 S. 2 GWB sind weiterreichende Schadensersatzansprüche, die über das Vertrauensinteresse hinausgehen, zulässig.

### 12.2.2. Unterhalb der Schwellenwerte

Unterhalb der Schwellenwerte ist ein sekundärer, nachträglicher Rechtsschutz mit dem Ziel, Schadensersatz aufgrund eines Fehlverhaltens des Auftraggebers zu bekommen, grundsätzlich eröffnet. In Folge der traditionellen Auffassung, wonach der Vertragsschluss im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe dem Zivilrecht unterfällt, werden diese Ansprüche dem Privatrecht entnommen.

Die folgenden Musterformulare sind als Anregung und Empfehlung für die Gestaltung der maßgeblichen Vergabeunterlagen bei PPP-Vorhaben zu verstehen. Die Auswahl der hier dargestellten Muster ist nicht abschließend, weitere Standardunterlagen sind im Einzelfall erforderlich. Diese und weitere Formulare sind den jeweils anwendbaren Vergabehandbüchern des Bundes („VHB“) sowie der Länder zu entnehmen.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> vgl. ergänzend auch „Arbeitshilfe zum Erstellen von Vergabeunterlagen vom 31.01.2006 (abrufbar unter <http://www.bmvbs.bund.de>)

## 13.1. Musterformular: Vergabevermerk gemäß § 30a VOB/A (Wahl des Wettbewerblichen Dialogs bzw. des Verhandlungsverfahrens)

[Briefkopf Auftraggeber]

PPP-Vorhaben...

Wettbewerblicher Dialog / Verhandlungsverfahren mit europaweiter Vergabebekanntmachung ohne Loseinteilung

### I. Ausschreibung nach der VOB/A

Das PPP-Modell „...“ [Name des Projekts] ist nach den Regelungen der VOB/A auszuschreiben. Denn das vorliegende PPP-Vorhaben umfasst schwerpunktmäßig Bauleistungen (vgl. § 1 VOB/A). Der wirtschaftliche Hauptgegenstand des Vertrages ist der Neubau der Anlage. Die für den Betrieb der Anlage erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen sind ebenfalls Bauleistungen. Die Bauleistungen sind im Verhältnis zum Hauptgegenstand von mehr als untergeordneter Bedeutung.

Es gelten die „a-Paragraphen“ der VOB/A, denn der geschätzte Auftragswert liegt bei der geplanten Vertragslaufzeit von ... Jahren bei ... [geschätzter Auftragswert in EUR] und damit weit über dem für Bauaufträge maßgeblichen Schwellenwert von EUR 5.278.000 (§ 2 Nr. 4 VgV).

### II. Wahl der Vergabeverfahrensart

#### 1. Alternative: Wettbewerblicher Dialog nach öffentlicher Bekanntmachung

Im Hinblick auf das Vergabeverfahren ist ein Wettbewerblicher Dialog nach § 6a VgV durchzuführen. Die Voraussetzungen dazu sind

gegeben, denn es soll ein besonders komplexer Auftrag vergeben werden (§ 101 Abs. 5 GWB). Eine Leistung gilt als besonders komplex, wenn es dem staatlichen Auftraggeber objektiv nicht möglich ist, die erforderlichen technischen Mittel oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben, mit denen die wirtschaftlichste Befriedigung seiner Bedürfnisse oder die wirtschaftlichste Verwirklichung seiner Ziele erfüllt werden können (§ 6a VgV).

Das auszuschreibende PPP-Modell umfasst Planungs-, Bau-, Finanzierungs- und Betreiberleistungen. Es ist dem Auftraggeber aufgrund des besonderen Charakters der Leistung unmöglich, [die wirtschaftlichste Form der Finanzierung / die wirtschaftlichste Technik zur Verwirklichung seines Vorhabens] ohne Dialog mit spezialisierten Unternehmen hinreichend genau zu beschreiben. Denn [es ist der erste Auftrag seiner Art / es ist für den Auftraggeber mit unverhältnismäßig hohem Kosten- und/oder Zeitaufwand verbunden, die für die Beschreibung notwendigen Kenntnisse zu erlangen / die Komplexität der Leistung bringt es mit sich, dass die vorherige Beschreibung der technischen, rechtlichen oder finanziellen Bedingungen zu einer erheblichen Verengung des Wettbewerbs führt].<sup>90</sup>

Dem Wettbewerblichen Dialog geht ein Teilnahmewettbewerb nach vorheriger Bekanntmachung im Amtsblatt der EG voran.

## **2. Alternative: Verhandlungsverfahren nach öffentlicher Bekanntmachung**

Im Hinblick auf das Vergabeverfahren ist ein Verhandlungsverfahren nach öffentlicher Vergabebekanntmachung gemäß § 3 a Nr. 4 c VOB/A durchzuführen. Die Voraussetzungen dazu sind gegeben, wenn im Ausnahmefall die Leistung nach Art und Umfang oder der damit ver-

---

<sup>90</sup> Das Abweichen von dem Grundsatz der Aufteilung in Fach- und Teillose bedarf in jedem Fall einer sorgfältigen Prüfung und Dokumentation der Gründe.

bundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zwecks Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist.

Das auszuschreibende PPP-Modell umfasst Planungs-, Bau-, Finanzierungs- und Betreiberleistungen. Die erforderlichen Spezifikationen können vorab nicht hinreichend genau ermittelt werden, um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen. Denn die zu leistende Abstimmung von Planung, Bau und Betrieb stellt keine gegenwärtig marktgängige Leistung dar. Der Betreiber muss seine Vorstellungen in die Planung und den Bau einbringen können. Er muss sich zudem an der Entwicklung von Finanzierungskonzepten beteiligen. 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 spätere Auftragnehmer auch Wagnisse. Nur in Verhandlungen mit den Bietern können die Kosten der Risikoübernahme diskutiert, ein optimales Leistungspaket definiert und ein konkreter Preis abgefragt werden.

Den Verhandlungen geht ein Teilnahmewettbewerb nach vorheriger Bekanntmachung im Amtsblatt der EG voran.

### III. Keine losweise Vergabe

Das PPP-Projekt wird nicht in Lose aufgeteilt, sondern als Gesamtpaket vergeben. Vor allem bei komplexen Vorhaben kann nicht immer eine Aufteilung in Fach- und Teillose gemäß § 97 Abs. 3 GWB erfolgen. Auch die VOB lässt in sachgerechter Auslegung des § 4 Nr. 2 VOB/A insoweit die Vergabe eines Gesamtpakets zu. Eine Teil- und Fachlosvergabe kann in solchen Fällen unzweckmäßig sein, vor allem dann, wenn sie durch eine Vielzahl von Unternehmen auf Anbieterseite eine Ersparnis von Gemeinkosten verhindert und der zu erwartende

Koordinationsaufwand die Gefahr von Bauzeitverzögerungen hervorruft.<sup>91</sup> Vorliegend ist eine Teillossvergabe unzweckmäßig. Eine Aufspaltung in Teillose würde einen erheblichen Koordinierungsaufwand und damit beträchtliche Kosten für den Auftraggeber verursachen. Denn die Realisierung des PPP-Vorhabens bedingt einen erheblichen, deutlich über das normale Maß hinausgehenden Koordinierungsbedarf bei der Ausführung der Leistungen selbst. Zu bewältigen ist nicht nur die Koordinierung der einzelnen Gewerke mit zunehmendem Fortschritt des Projekts, sondern auch die Abstimmung der einzelnen Projektphasen (Planen, Bauen, Finanzieren, Nutzen/Betreiben). Zudem wäre der Erfolg des Vorhabens wegen des hohen Potenzials an Koordinierungsstörungen gefährdet.

Auch bei einer Vergabe nach Fachlosen würde ein erheblicher Koordinierungsaufwand entstehen, dessen Kosten zu Lasten der Wirtschaftlichkeit des Gesamtvorhabens gehen würden. Ziel der Partnerschaft ist insbesondere die Integration der Projektphasen eines Vorhabens in der ganzheitlichen Verantwortung eines Vertragspartners (Bieter/Bieterkonsortium), um Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb technisch und wirtschaftlich miteinander zu verknüpfen. Die Zerlegung eines PPP-Modells in Fachlose würde diesen Zweck vorliegend konterkarieren.

\_\_\_\_\_ , den

\_\_\_\_\_  
(Unterschrift Vertreter des Auftraggebers)

.....  
<sup>91</sup> Das Abweichen von dem Grundsatz der Aufteilung in Fach- und Teillose bedarf in jedem Fall einer sorgfältigen Prüfung und Dokumentation der Gründe.

# 13.2. Musterformular: Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb im Wettbewerblichen Dialog und im Verhandlungsverfahren

## 1. Vorbemerkungen zu diesen Unterlagen

### 1.1 Zweck und Struktur der Unterlagen

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

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

### 1.2 Bezeichnungen

Sofern nicht ausdrücklich anders bestimmt, sind mit „Bewerber“ sowohl einzelne Unternehmen als auch Bewerbergemeinschaften gemeint.

### 1.3 Vertraulichkeit der Information

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

## 1.4 Eigentumsübergang

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

## 2 Allgemeine Darstellung des Vorhabens

Ein Lageplan sowie eine vorläufige und unverbindliche Beschreibung des Vorhabens sind diesen Unterlagen zum Teilnahmeantrag im Rahmen eines Informationsmemorandums als Anlage ... beigefügt. Das Informationsmemorandum enthält Angaben über den Leistungsumfang, Planungsgrundlagen, Rahmenbedingungen zur Finanzierung, Vorstellungen zur Risikoverteilung, Betriebskonzept, Zeitplan des Projektverlaufes, Ablauf der Vergabe etc.

## 3 Allgemeine Hinweise und Informationen

### 3.1 Allgemeine Angaben zum Vergabeverfahren

Der Vertragsschluss erfolgt in einem Wettbewerblichen Dialog mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb gemäß § 101 Abs. 4 GWB, § 6a VgV [in einem Verhandlungsverfahren gemäß § 3a Nr. 4c VOB/A (§ 3a Nr. 1 Abs. 4b VOL/A)].

### 3.2 Ablauf des Vergabeverfahrens

Der Auftraggeber sieht im Wesentlichen den nachfolgend dargestellten Ablauf des Vergabeverfahrens vor: [..., vgl. Musterformular 13.5, Ziff. II.4].

### 3.3 Zeitplan für das Vergabeverfahren

Ein vorläufiger Zeitplan ist diesen Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb als Anlage ... beigefügt [vgl. unter Ziff. ...]. Der Auftraggeber behält sich vor, diesen Zeitplan im Verlauf des Verfahrens abzuändern, insbesondere die vorgesehenen Fristen zu verlängern, soweit es sich

für einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf als notwendig erweist.

### 3.4 Auftraggeber

Die Vergabe des Auftrags erfolgt durch: [...]

### 3.5 Stelle, an die sich Bewerber zur Geltendmachung behaupteter Verstöße wenden können

Vergabekammer: [...]

### 3.6 Berater des Auftraggebers

Der Auftraggeber wird in diesem Verfahren beraten durch: [...]

### 3.7 Fragen zum Teilnahmewettbewerb

Fragen zum Teilnahmewettbewerb sind schriftlich – auch per Telefax – ausschließlich zu richten an: [...]

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

## 4 Hinweise zum Teilnahmewettbewerb

### 4.1 Einreichung der Teilnahmeanträge

Teilnahmeanträge sind bis [Datum], [Uhrzeit] bei der [...], in der gemäß Ziff. 4.2 vorgesehenen Form einzureichen.

### 4.2 Unterlagen zum Teilnahmeantrag

Dem Teilnahmeantrag (Formblatt [...]) sind die im Folgenden aufgeführten Unterlagen beizufügen. Beabsichtigt der Bewerber, Nachunternehmer für die wesentlichen Bestandteile der zu erbringenden Leistungen einzusetzen (insbesondere wenn diese vollständig an

Nachunternehmer vergeben werden sollen), so hat er diese in seinem Teilnahmeantrag zu benennen und anzugeben, für welche Leistungen er sie einsetzen wird.

Für diejenigen Nachunternehmer, die vollständig die Bauleistungen, die Planung und/oder den Betrieb übernehmen, sind gesondert die in Ziffern (2), (3), (5), (7), (8), (9), (10) und ggf. (11) aufgeführten Unterlagen in Bezug auf die jeweils von ihnen zu erbringende(n) Teilleistung(en) beizufügen.

- (1) Verzeichnis der eingereichten Unterlagen (Formblatt [...]);
- (2) Allgemeine Darstellung des Bewerbers (Formblatt [...]), einschließlich
  - einer Darstellung bestehender gesellschaftsrechtlicher Verbindungen und Beteiligungsverhältnisse des Bewerbers,
  - der Angabe der Gesamtumsätze des Bewerbers sowie jeweils der Umsätze mit Leistungen, die mit der zu vergebenden Gesamtleistung oder Teilen dieser Leistung vergleichbar sind, z.B. [Auflistung von Projekten, die dem ausgeschriebenen Projekt ähnlich sind],
  - der Angabe der Anzahl der insgesamt beschäftigten Mitarbeiter sowie der Mitarbeiter, die zur Erbringung der von dem Bewerber in diesem Vergabeverfahren angebotenen Leistungen beschäftigt werden;
- (3) Erklärung des Bewerbers (Formblatt [...]) u.a. darüber dass
  - über sein Vermögen nicht das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt ist oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt wurde und dass er sich nicht in Liquidation befindet,
  - er im Verfahren nicht vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf seine Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zu-

### 13 Musterformulare

verlässigkeit abgegeben hat und dass keine Verfehlungen vorliegen, die den Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb rechtfertigen könnten;

- (4) Bei Bewerbergemeinschaften: Erklärung der Bewerbergemeinschaft (Formblatt [...]);
- (5) Jahresabschlüsse der letzten drei Geschäftsjahre, soweit deren Veröffentlichung nach dem Gesellschaftsrecht des Staates, in dem der Bewerber ansässig ist, vorgeschrieben ist;
- (6) qualifizierte, d.h. ausdrücklich für das zu vergebende Vorhaben ausgestellte Bankauskunft;
- (7) beglaubigter aktueller Handelsregisterauszug oder entsprechender Firmenregisterauszug;
- (8) Nachweis der Berufshaftpflichtversicherungsdeckung;
- (9) Angaben über die in den letzten fünf Jahren erbrachten Leistungen, die mit der zu vergebenden Gesamtleistung oder Teilen dieser Leistung vergleichbar sind, z.B. [beispielhafte Auflistung ähnlicher Projekte bzw. Leistungen] mit Angabe des Auftraggebers und des dortigen Ansprechpartners, einer Beschreibung des Projekts, ggf. der Funktion des Bewerbers innerhalb der Arbeitsgemeinschaft sowie der Auftragssumme (gemäß Formblatt [...]);
- (10) Darstellung der Qualitätssicherungsmaßnahmen und -systeme des Bewerbers für die ausgeschriebenen Leistungen;
- (11) Angaben über die Qualifikation und Berufserfahrung des für die

Leitung und Aufsicht sowie die Projektsteuerung vorgesehenen Personals (gemäß Formblatt [...]);

- (12) sonstige Informationen, die für den Auftraggeber bei der Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren von Bedeutung sein könnten.

Die Angaben, Nachweise und Erklärungen zu den vorstehenden Nummern (2) bis (11) sind von allen Mitgliedern einer Bewerbergemeinschaft beizubringen. Die Formblätter und Erklärungen sind an den dafür vorgesehenen Stellen rechtsverbindlich zu unterschreiben.

Der Teilnahmeantrag ist mit der deutlich sichtbaren Aufschrift „Teilnahmeantrag: Vergabeverfahren [...]“ in einem verschlossenen Umschlag oder Behältnis einzureichen.

Der Auftraggeber behält sich vor, Teilnahmeanträge nicht zu berücksichtigen, die die vorstehend zu Nummern (1) bis (12) aufgeführten Unterlagen nicht vollständig enthalten. Teilnahmeanträge, die nicht rechtzeitig bei der auf dem Deckblatt angeführten Adresse eingehen, werden nicht berücksichtigt.

#### **4.3 Vergütung**

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

#### **4.4 Regeln für Bewerbergemeinschaften**

Zum Teilnahmewettbewerb werden Einzelunternehmen oder Bewerbergemeinschaften (Konsortien) zugelassen. Bewerbergemeinschaften müssen gesamtschuldnerisch haften und einen für die Vertretung der Bewerbergemeinschaft in dem Vergabeverfahren bevollmächtigten Vertreter bestimmen. Die Bildung von Konsortien und Änderungen der Zusammensetzung einer Bewerbergemein-

schaft nach Auswahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren bedürfen der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers.

### 4.5 Lose

Eine Aufteilung des Vorhabens in Lose erfolgt nicht.

### 4.6 Schutz der Verfahrensintegrität

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

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

### 4.7 Ausführungsort

Die ausgeschriebenen Leistungen sind am Standort [...] zu erbringen.

### 4.8 Verfahrenssprache

Die Verfahrenssprache ist Deutsch.

### 4.9 Aufklärungspflicht

Mit der Abgabe des Teilhabeantrags verpflichten sich die Bewerber,

dem Auftraggeber bzw. den in ihrem Auftrag handelnden Stellen alle für die Beurteilung des Antrages notwendigen zusätzlichen Auskünfte kurzfristig zu erteilen.

#### **4.10 Ausschluss vom Vergabeverfahren**

Der Auftraggeber behält sich vor, Bewerber vom Vergabeverfahren auszuschließen,

- die geforderte Auskünfte oder zusätzliche Auskünfte verweigern bzw. nicht fristgerecht oder nicht vollständig erteilen,
- die ohne vorherige Zustimmung des Auftraggebers gegen die in Ziff. 4.6 aufgestellten Regeln zum Schutz der Verfahrensintegrität verstoßen.

#### **4.11 Auswahl der Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden**

Die Bewerber, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden sollen, werden unter den Gesichtspunkten der Leistungsfähigkeit, Fachkunde und Zuverlässigkeit (vgl. § 97 Abs. 4 GWB) anhand der gemäß Ziff. 4.2 sowie Nr. ... der Bekanntmachung vorgelegten Unterlagen ausgewählt. Die nicht berücksichtigten Bewerber werden schnellstmöglich schriftlich benachrichtigt. Die Bewertung der Referenzen erfolgt anhand der folgenden Kriterien und Gewichtung:

##### **a. Referenzen zur Leistungsfähigkeit**

Die Bewertung der Referenzen richtet sich nach den folgenden Wertungskriterien [... vgl. die beispielhafte Auflistung von Wertungskriterien im Kapitel 7.4 „Bewertung der Referenzen“]. Es wird pro Leistungsart (Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung) nur die in der Wertungsmatrix angegebene Anzahl der Referenzen berücksichtigt. Reicht ein Bewerber mehr Eignungsnachweise ein, als in der Wertungsmatrix vorgesehen, so wählt der Auftraggeber nach dem Zufallsprinzip nur die vorgesehene Anzahl der

### 13 Musterformulare

Referenzen aus und wertet nur diese.

Die Bewertung der Referenzen zur Leistungsfähigkeit geht zu [...] Prozent in die Gesamtwertung der Leistungsfähigkeit ein.

Referenzen zur Leistungsfähigkeit	Punktzahl Referenzen (1-10)	Gewicht in %	Ergebnis (= durchschnittl. Punktzahl x Gewicht)
<b>Planung</b>			
1			
2			
∅			
<b>Bau</b>			
1			
2			
∅			
<b>Betrieb</b>			
1			
2			
∅			
<b>Finanzierung</b>			
1			
2			
∅			
<b>Gesamtpunktzahl</b>		<b>XXXXXXXXXX</b>	

#### b. Referenzen zur Fachkunde

[Hinweis: Hier könnte eine Wertungsmatrix eingefügt werden, die für die Fachkunde im Hinblick auf die Leistungsbestandteile Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung eine Wertungsmatrix festlegt.]

### c. Bildung der Gesamtpunktzahl

Die Gesamtpunktzahl für die Eignung wird nach der folgenden Formel festgelegt: Berücksichtigung der Gesamtbewertung der Leistungsfähigkeit zu [...] vom Hundert; Berücksichtigung der Gesamtbewertung der Fachkunde zu [...] vom Hundert.

#### Anmerkungen

Die Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb müssen den potenziellen Bewerbern alle Informationen über das PPP-Vorhaben erteilen, die für die Entscheidung über die Beteiligung am Teilnahmewettbewerb erheblich sind. Die meisten Punkte der Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb erklären sich weitgehend von selbst, weshalb nur einige wenige Punkte zu erläutern sind.

Der in Ziff. 1.4 geregelte Eigentumsübergang der Teilnahmeanträge auf den Auftraggeber stellt klar, dass zu Wertungszwecken ggf. Änderungen an den Teilnahmeanträgen vorgenommen werden dürfen. Zudem wird der Auftraggeber nicht mit dem Verfahrensaufwand belastet, die Teilnahmeanträge nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs an die Bewerber zurücksenden zu müssen.

Die Hinweise zum Ablauf des Vergabeverfahrens sind in den Unterlagen zum Teilnahmeantrag nicht unbedingt geboten, sie erhöhen jedoch die Transparenz des Vergabeverfahrens (Ziff. 2).

Erheblich für die Entscheidung potenzieller Bewerber über ihre Teilnahme am Präqualifikationsverfahren ist die Angabe des vorgesehenen Zeitplans für das Verhandlungsverfahren (Ziff. 3.3).

## 13 Musterformulare

Die Beschränkung von Fragen zum Teilnahmewettbewerb auf den Schriftverkehr (Ziff. 3.7) erleichtert die Dokumentation des Vergabeverfahrens und dokumentiert die Neutralität der Vergabestelle gegenüber allen Bewerbern.

### 13.3. Musterformular: Auswahl der Teilnahmeanträge

#### Leistungsfähigkeit

##### Anmerkung

Entsprechende Formulare sind für die anderen Eignungskriterien der Fachkunde und Zuverlässigkeit aufzustellen.

Bewerber	vollständige Angaben, Erklärungen & Nachweise	Leistungsfähigkeit	Begründung (insbesondere unter Bezugnahme auf Angaben, Erklärungen und Nachweise sowie unter Berücksichtigung aller Mitglieder einer Bewerbergemeinschaft bzw. ggf. von Nachunternehmern); jeweils bezogen auf: Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung
		Bewertung (Note 1–10)*	
1	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	Personelle Leistungsfähigkeit:
		Bewertung:	Technische Leistungsfähigkeit:
			Wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit:
2	...		

[Tabelle ist fortzuführen.]

- \* Hinweis: Bei der Berechnung der Punktwerte ist nach Maßgabe der ggf. bekannt gemachten Wertungsregeln und/oder Bewertungsmatrix zu verfahren (vgl. Ziff. 4.11 des Musterformulars 13.2 „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“).

## Ergebnis Eignungsprüfung und Bewertung

Bewerber	Ausschluss	Leistungs fähigkeit	Fachkunde	Zuver lässigkeit	Eignung	Begründung	Berücksich tigung bei der Auswahl
	Grund	Bewertung	Bewertung		Gesamtbe wertung*		
1	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein		<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein  Rang:				
2	...						

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

\* Hinweis: Die Gesamtpunktzahlen zu den Eignungsmerkmalen gehen im vorab definierten Umfang in die Gesamtwertung ein, (vgl. Ziff. 4.11 des Musterformulars 13.2 „Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb“); keine Eignung, wenn keine Zuverlässigkeit vorliegt.

## 13.4. Musterformular: Vermerk zur Festlegung der Zuschlagskriterien (Beispiel einer Wertungsmatrix)

Nr.	Haupt- und Unterkriterien	max. Wertungspunkte	Prüfungspunkte Berater	Verwaltung / Berater	Auswahlkommission
1	Preis	–	Barwert gemäß Preisformblatt ... [Musterformblatt ...]	X	
2	PPP-Vertragsentwurf	100	Änderungsvorschläge betreffend die vorgesehene Risikoverteilung bzw. Änderungsvorschläge mit wirtschaftlichen Auswirkungen	X	
3	Bau	300		X	
3.1	Architektur <sup>1</sup>	100			X
3.2	Städtebauliche Einordnung <sup>2</sup>	100			X
3.3	Funktionalität <sup>3</sup>	70		X	
3.4	Technische Konzepte <sup>4</sup>	60		X	
3.5	Außenanlagen <sup>5</sup>	25		X	
3.6	Ausstattung <sup>6</sup>	25		X	
4	Betrieb und Instandhaltung <sup>7</sup>	100		X	
<b>Gesamtwertungspunkte</b>		500			
<b>Gesamtwert</b>			Quotient aus Preis und Wertungspunkten		

Die Erläuterungen zu den Fußnoten finden sich in den folgenden Anmerkungen.

## Anmerkungen

Die Wertungsmatrix wäre für die Angebotswertung im Rahmen eines komplexen PPP-Vorhabens zu grob. Eine Gleichbehandlung der Bieter und eine hinreichend detaillierte Dokumentation der Angebotswertung sind durch eine weitere Aufgliederung der Zuschlagskriterien zu gewährleisten. Im Folgenden werden beispielhaft Unterkriterien genannt, die zur Konkretisierung der jeweiligen Zuschlagskriterien herangezogen werden könnten. Die Gewichtung der Unterkriterien ist grundsätzlich vorab festzulegen.

### 1. Die Architektur als Wertungsgesichtspunkt könnte durch die folgenden Unterkriterien konkretisiert werden:

- Struktur und Gliederung der Gebäude (insbesondere: Differenzierung der Gebäudeteile, Proportionen und Harmonie der Gebäudeteile/Gesamtanlage, Ablesbarkeit der Nutzungen etc.);
- Fassaden- und Dachausbildung (insbesondere: Differenzierung der Fassaden und Dächer, Proportionen und Anschlüsse Dachausbildung, attraktive Fassade/Ausbildung Gebäudesockel sowie Ausbildung der Fenster etc.);
- Innenraumkonzept/räumliche Qualitäten (insbesondere: Gestaltung/Flexibilität etc.);
- Materialkonzept (insbesondere: Attraktivität und Stimmigkeit des Materialkonzepts außen/innen);
- Belichtung (insbesondere: Räume inkl. Flure, Treppenhäuser; ausreichende natürliche Belichtung, Berücksichtigung der Ausrichtung der Gebäude und Anlagen nach Sonnenverlauf).

### 2. Städtebauliche Einordnung

- Einfügung in die Umgebung (insbesondere: Anpassung an den natürlichen Geländeverlauf, Berücksichtigung der Nachbarbebauung (Grünflächen);

- Verkehrsanbindung/Wegebeziehungen (insbesondere Haupteingang etc.);
- Lärmemissionen und -immissionen.

### 3. Funktionalität

- Erfüllung des Raumprogramms (ggf. gemäß Anlage zu den Vergabeunterlagen);
- Anordnung der Funktionsbereiche (insbesondere: kurze Wege, Optimierung von Verkehrsflächen sowie einfache logische Grundrisslösungen);
- Nutzungsflexibilität (insbesondere: ausreichende Möglichkeiten zur unterschiedlichen und gleichzeitigen Nutzung von schulischem und außerschulischem Betrieb);
- Erweiterungsmöglichkeiten (insbesondere: Realisierbarkeit und Wirtschaftlichkeit vertikaler und/oder horizontaler Erweiterungsoptionen);
- Materialwahl der Gebäudehülle (insbesondere: dauerhafte, pflegeleichte, umweltverträgliche und recyclebare Materialien sowie ausreichender Schutz vor Vandalismus/Graffiti);
- Materialwahl im Innenbereich (insbesondere: dauerhafte, pflegeleichte, umweltverträgliche und recyclebare Materialien);
- Anordnung und Erschließung der Stellplätze.

### 4. Technische Konzepte

- Wärmeversorgungsanlagen (insbesondere: Art der Wärmeerzeugung, Wirtschaftlichkeit der Systeme sowie Systemlayout /Zählkonzept);
- Raumlufttechnische Anlagen (insbesondere: Qualität des Raumklimas, Wirtschaftlichkeit der Systeme, Plausibilität der Anlagenkonfigurationen);
- Sanitäreanlagen (insbesondere: Werthaltigkeit, Wasser sparende Systeme);

- Starkstromanlagen (insbesondere: Werthaltigkeit; Verbrauchsoptimierung);
- Fernmelde- und Informationstechnische Anlagen (insbesondere: Werthaltigkeit, Flexibilität in der Nutzung);
- Innovative Technologien [...].

### 5. Außenanlagen

- Gestalterische Qualitäten [...];
- Funktionale und didaktische Qualitäten [...];

### 6. Ausstattung

(Orientierung an den Vorgaben der Leistungsbeschreibung)

### 7. Betrieb und Instandhaltung

- Konzept für Reinigung, Pflege und Abfallmanagement für Gebäude, Technik, Ausstattung und Außenanlagen (insbesondere: Reinigungspläne, Grünpflegeprogramm sowie Einsatz umweltschonender Materialien);
- Systeme und Verfahren zur Gebäudesicherung, Sicherheits- und Gesundheitsschutz;
- Konzept für Wartung und Instandhaltung für Gebäude, Technik, Ausstattung und Außenanlagen (insbesondere: Einhaltung Leistungsprogramme VDMA-Einheitsblätter 24186-1 u. 24186-7, Überwachungssystem);
- Medienver- und entsorgung (insbesondere: Energieeinsparungen, elektronisches Energiemanagementsystem, Entstörungsplanung);
- Hausmeisterkonzept.

Die Kreuze in den beiden rechten Spalten der Tabelle zeigen an, durch wen die Würdigung der Angebote im Hinblick auf die in den Zeilen genannten Zuschlagskriterien erfolgen wird. Da die

Beurteilung des Wertungskriteriums „Architektur“ kaum anhand objektiver Kriterien erfolgen kann, wird diese Wertung durch ein Gremium von Vertretern des Auftraggebers und betroffener Interessengruppen wahrgenommen („Legitimation durch Verfahren“, vgl. Anm. zu III.5 der Vergabeunterlagen). Die Zusammensetzung der Gremien sollte den Bietern in den Vergabeunterlagen mitgeteilt werden.

Der Gesamtwert ergibt sich aus einer Gewichtung des Preises und der qualitativen Kriterien zu jeweils 50%. Hierzu wird ein Quotient aus barwertigem Preis und Punktzahl gebildet. In der Verhältniszahl ist der Preis zu 50% abgebildet, da der Preis (barwertige Gesamtkosten) durch die Summe der Punkte dividiert wird, die im Rahmen der Würdigung der qualitativen Zuschlagskriterien vergeben werden.

### **13.5. Musterformular: Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln im Wettbewerblichen Dialog bzw. Verhandlungsverfahren**

[Briefkopf des Auftraggebers]

(Die Erläuterungen zu den Fußnoten finden sich in den nachfolgenden Anmerkungen.)

#### **I. Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln<sup>1</sup>**

Sie werden hiermit aufgefordert, [Lösungsvorschläge/ein indikatives Angebot] für das in diesen Vergabeunterlagen näher bezeichnete Projekt ... [Kurzbeschreibung des Projektes] abzugeben.

Diese Angebots- und Bewerbungsbedingungen enthalten die gültigen Verfahrensregeln. Sie werden nicht Bestandteil des abzuschließenden Vertragswerks.

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

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

## **II. Angaben zu den zu vergebenden Leistungen**

### **1. Leistungszeitraum<sup>2</sup>**

[Beispiel: Bauprojekt mit anschließender Dienstleistungserbringung]

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, mit den Bauleistungen spätestens [...] Wochen nach der Zuschlagserteilung zu beginnen. Die Bauleistungen müssen spätestens am [Datum] beendet sein. Die vom Auftragnehmer zu erbringenden Dienstleistungen des Betriebs und der Instandhaltung der Gebäude sind für einen Zeitraum von [...] Jahren ab dem [Datum] zu erbringen.

### III. Vergabeverfahren

#### 1. [Name und Anschrift des Auftraggebers]

Berater des Auftraggebers: [...]

#### 2. Zuständige Vergabekammer: [...]

#### 3. Art der Vergabe

[Wettbewerblicher Dialog gemäß § 101 Abs. 5 GWB, § 6 a VgV / Verhandlungsverfahren gemäß § 3a Nr. 4c VOB/A (§ 3a Nr. 1 Abs. 4b VOL/A)]

#### 4. Verfahrensablauf

##### a. Alternative 1: Ablauf des Wettbewerblichen Dialogs<sup>3</sup>

Der Wettbewerbliche Dialog erfolgt nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs in einem strukturierten und formalisierten Verfahren in zwei Phasen.

##### (i) Dialogphase

Die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen werden aufgefordert, auf der Grundlage der bekannt gegebenen Leistungsbeschreibung und der Anforderungen (vgl. Ziff. ... Bekanntmachung und Ziff. ... der vorliegenden Vergabeunterlagen) Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Lösungsvorschläge, die den formellen Anforderungen an die Lösungsvorschläge gemäß Ziff. ... dieser Vergabeunterlagen nicht entsprechen, werden vom Verfahren ausgeschlossen.

Mit den Unternehmen, die form- und fristgerecht Lösungsvorschläge unterbreitet haben, werden voraussichtlich Gespräche geführt, in denen der Auftraggeber jeweils einzeln mit den Bietern den Inhalt ihrer Lösungsvorschläge gegebenenfalls aufklärt und festlegt, wie seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Bei diesen Gesprächen können mit den ausgewählten Unternehmen alle Einzelheiten des Auftrags erörtert werden.

Der Auftraggeber wird im Anschluss an die Gespräche die Anforderungen an die Lösungsvorschläge und die Angebote gegebenenfalls gegenüber allen Dialogpartnern konkretisieren. Der Auftraggeber behält sich vor, die Beschreibung unmittelbar auf der Grundlage der ersten Lösungsvorschläge zu erstellen, ohne zuvor mit den Teilnehmern am Wettbewerblichen Dialog in Verhandlungen einzutreten.

Die Dialogphase mit den einzelnen Bietern wird so lange weiter geführt, bis entweder

- eine Lösung gefunden worden ist, die die bekannt gemachten Bedürfnisse erfüllt, oder
- erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann.

Der Auftraggeber trägt dafür Sorge, dass alle Unternehmen im Rahmen des Verfahrens gleich behandelt werden. Er wird insbesondere keine Informationen in einer Art und Weise an die beteiligten Unternehmen weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber wird Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht an die anderen Unternehmen weitergeben, und er wird diese Informationen nur im Rahmen des Vergabeverfahrens verwenden. Etwas anders gilt lediglich dann, wenn das betreffende Unternehmen (vorab) seine Zustimmung zur Weitergabe oder Weiterverwendung von Lösungsvorschlägen oder vertraulichen Informationen erteilt hat.

Der Auftraggeber behält sich vor, die Anzahl der Unternehmen, mit denen er Gespräche führt, im Laufe des Verfahrens zu verringern. Hierzu wird er gegebenenfalls die beteiligten Unternehmen auffordern, ihre Lösungsvorschläge nach Maßgabe einer fortgeführten Leistungsbeschreibung innerhalb einer bestimmten Frist und in bestimmter Form erneut einzureichen. Die Unternehmen

dürfen von ihren bisherigen Lösungsvorschlägen nicht grundlegend abweichen. Der Auftraggeber wird die Lösungsvorschläge anhand der unter Ziff. ... bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und gemäß der Wertungsmatrix in Anhang ... bewerten. Er wird dann die zwei bis drei Unternehmen mit den danach besten Lösungsvorschlägen zu weiteren Gesprächen einladen. Die übrigen Unternehmen werden darüber informiert, dass ihre Lösungen nicht weiter berücksichtigt werden sollen.

Der Auftraggeber wird den Dialog gegenüber den beteiligten Unternehmen schriftlich für abgeschlossen erklären.

#### **(ii) Angebotsphase**

In der Angebotsphase werden die Bieter aufgefordert, ein verbindliches Angebot abzugeben. Die Bieter dürfen auch in dieser Phase von ihren bisherigen Lösungsvorschlägen nicht grundlegend abweichen.

Die Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten. Der Auftraggeber kann verlangen, dass Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Die verlangten Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen werden jedoch die grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung nicht in einer Weise verändern, dass der Vergabewettbewerb verfälscht oder einer der Dialogpartner diskriminiert werden könnte.

Der Auftraggeber wird die Angebote auf Grund der unter Ziff. ... festgelegten Zuschlagskriterien und der Bewertungsmatrix in Anlage ... bewerten und das wirtschaftlichste Angebot auswählen.

Der Auftraggeber wird das Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, gegebenenfalls auffordern, bestimmte Einzelheiten des Angebots näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen. Das wird nicht dazu führen, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der

Ausschreibung geändert werden oder dass der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

### **b. Alternative 2: Ablauf des strukturierten Verhandlungsverfahrens**

Das Verhandlungsverfahren nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs umfasst zwei Angebotsrunden.

Im Rahmen der ersten Runde werden die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bieter auf der Grundlage dieser Vergabeunterlagen zur Abgabe „indikativer Angebote“ aufgefordert. Die Anforderungen an die indikativen Angebote ergeben sich aus Ziff. ... dieser Vergabeunterlagen.

Die Bieter erhalten Gelegenheit, ihre indikativen Angebote in einer Präsentation vor der Auswahlkommission gemäß Ziff. ... [ggf. Benennung eines weiteren Ausschusses aus Vertretern des Auftraggebers] zu erläutern, in deren Rahmen der Auftraggeber auch Rückfragen zu den Angeboten stellen kann.

Die indikativen Angebote werden nach Eingang im Hinblick auf die formalen und inhaltlichen Anforderungen geprüft und anhand der unter ... genannten Zuschlagskriterien gewertet. Die Wertung der in der Bewertungsmatrix benannten Zuschlagskriterien erfolgt durch ein von dem Auftraggeber eingesetztes, qualifiziertes Bewertungsgremium („Auswahlkommission“, siehe Ziff. ...).

Aufgrund der Wertung wird eine Rangfolge der Angebote gebildet, die die formalen Anforderungen sowie die Mindestanforderungen gemäß Ziff. ... [Benennung der relevanten Ordnungsziffer der Leistungsbeschreibung] erfüllen. Die nach dieser Rangfolge besten zwei Bieter werden danach aufgefordert, ihre Angebote im Rahmen einer zweiten Angebotsrunde entsprechend der vom Auftraggeber mitgeteilten Anforderungen zu qualifizieren und konkretisieren. Diese Bieter erhalten die Gelegenheit, ihre qualifizierten Angebote in einer Präsentation vor der Auswahlkommission gemäß Ziff. ... [und ...

ggf. Benennung eines weiteren Ausschusses aus Vertretern des Auftraggebers] zu erläutern.

Nach Prüfung und Wertung der qualifizierten Angebote (entsprechend der Prüfung und Wertung der indikativen Angebote) wird ein „Bevorzugter Bieter“ bestimmt, dessen Angebot nach den unter Ziff. ... genannten Zuschlagskriterien als das wirtschaftlichste ermittelt wurde. Mit dem Bevorzugten Bieter werden Verhandlungen mit dem Ziel der Zuschlagserteilung geführt. Wesentliche Abweichungen von den qualifizierten Angeboten werden in den Verhandlungen nicht zugelassen.

Liegen die qualifizierten Angebote im Ergebnis der Wertung so nahe beieinander, dass die Auswahl eines „Bevorzugten Bieters“ nicht sachgerecht möglich ist, so können auch mit zwei Bevorzugten Bietern Verhandlungen aufgenommen werden.

Die übrigen Bieter werden jeweils schriftlich über das Ergebnis der Angebotswertung informiert.

Bei erfolgreichem Abschluss der Verhandlungen wird dem Bevorzugten Bieter der Zuschlag erteilt. Gelingt eine abschließende Einigung nicht binnen einer Frist von drei Wochen oder ist absehbar, dass eine Einigung nicht innerhalb der genannten Frist gelingen wird, wird der Auftraggeber den anderen Bevorzugten Bieter zu abschließenden Verhandlungen auffordern. Werden die Verhandlungen mit beiden Bevorzugten Bietern parallel geführt, so erfolgt die Entscheidung über den Zuschlag auf Basis der erzielten Verhandlungsergebnisse nach den unter Ziff. ... genannten Zuschlagskriterien.

### 5. Auswahlkommission

Die Auswahlkommission setzt sich zusammen aus: [...]

### 6. Fragen zum Vergabeverfahren und zu den Vergabeunterlagen<sup>4</sup>

Fragen der Bieter zu den Vergabeunterlagen oder zum Vergabeverfahren sind ausschließlich schriftlich – auch per Telefax – zu richten

an ... [Name und Anschrift einer Ansprechperson eines Beraters des Auftraggebers].

Fragen, die der o.g. Stelle nicht schriftlich – auch per Telefax – bis zum [Datum] vorliegen, werden nicht beantwortet. Antworten auf Fragen von allgemeinem Interesse werden allen Bietern zugesandt. Angebotsspezifische Fragen werden vertraulich behandelt und nur gegenüber dem anfragenden Bieter beantwortet.

### **7. Zeitlicher Rahmen des Vergabeverfahrens<sup>5</sup>**

Die [Lösungsvorschläge/indikative Angebote] sind in zweifacher Ausfertigung bis spätestens zum [Datum, Uhrzeit] bei dem Auftraggeber [Name und Adresse des Auftraggebers], in der gemäß Ziff. ... vorgesehenen Form abzugeben. Nachstehend sind die vom Auftraggeber vorgesehenen Verfahrenstermine und -fristen aufgeführt.

#### **Vorgesehene Verfahrenstermine und -fristen**

[siehe das Beispiel für einen Zeitplan unter Ziff. ...]

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

### **8. Vollständigkeit und Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen**

Die Vergabeunterlagen sind mit fortlaufenden Seitenzahlen zu versehen. Der Bieter hat sich von der Vollständigkeit der ihm überlassenen Unterlagen zu überzeugen. Bei Unvollständigkeit der Unterlagen hat er die unter Ziff. ... genannte Stelle unverzüglich schriftlich oder per Telefax darüber zu unterrichten.<sup>6</sup>

Enthalten die Vergabeunterlagen nach Auffassung des Bieters Unklarheiten, die die Preisermittlung beeinflussen können, so hat der Bieter die unter Ziff. ... genannte Stelle vor Abgabe ihres [Lösungs-

vorschlags/Angebots] schriftlich oder per Telefax darauf hinzuweisen. Der Bieter hat den Auftraggeber auf eventuelle Widersprüche in den Verdingungsunterlagen und auf Unvollständigkeit der ausgeschriebenen Lieferungen und Leistungen unverzüglich schriftlich oder per Telefax an die unter Ziff. ... genannte Stelle aufmerksam zu machen.

### 9. Öffnung der Angebote

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

### 10. Vertraulichkeit

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

Vorsätzliche oder schwerwiegende Verletzungen der Vertraulichkeitsverpflichtung führen zum Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren.

### 11. Schutz der Verfahrensintegrität

Im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller interessierten Unternehmen bzw. Bieter sowie deren Berater ist es nicht gestattet, zusätzliche oder vertrauliche Informationen über das Vorhaben sowie das Ausschreibungsverfahren von dem Auftraggeber oder den Beratern

des Auftraggebers zu erlangen oder zu nutzen. Ausgenommen davon sind Informationen, die öffentlich zugänglich sind oder allen interessierten Unternehmen bzw. Bewerbern im Rahmen dieses Teilnahmewettbewerbs durch den Auftraggeber oder dessen Berater zugänglich gemacht werden.

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

## **12. Urheberrecht und Kennzeichnung von Geheimnissen**

Das Urheberrecht der Bieter an den eingereichten Unterlagen wird gewahrt. Die Bieter können ihre Unterlagen nach Abschluss des Verfahrens bei dem Auftraggeber abholen. Der Auftraggeber ist berechtigt, für Revisions- und Dokumentationszwecke eine vollständige Ausfertigung zu behalten. Der Auftraggeber und seine Beauftragten sind nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Bieters [Lösungsvorschläge/Angebote] ganz oder auszugsweise zu veröffentlichen oder Informationen über deren Inhalte an nicht mit der Vorprüfung und Auswahl befasste Dritte weiterzuleiten.

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

## **13. Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen**

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

### 14. Zuschlagskriterien

Die Auswahl der Lösungsvorschläge bzw. Angebote erfolgt anhand der folgenden Kriterien:

• Preis	[...]%
• Änderungsvorschläge zum PPP-Vertragsentwurf	[...]%
• Bau	[...]%
• Betrieb und Instandhaltung	[...]%
<hr/>	
<b>Gesamt:</b>	<b>100%</b>

Die jeweiligen Unterkriterien ergeben sich aus der als ... [Benennung der Anlage] beigefügten Bewertungsmatrix.

## IV. Angebotsbedingungen

### 1. Angebotsfrist, Form und Inhalt der Angebote

Die [Lösungsvorschläge/indikative Angebote] sind bis spätestens zum [Datum] bei dem Auftraggeber [Anschrift des Auftraggebers] in zweifacher Ausfertigung und kostenfrei für den Auftraggeber abzugeben.

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

Die [Lösungsvorschläge/Angebote] sind in einem verschlossenen Umschlag oder Behältnis vor Ablauf der Angebotsfrist einzureichen. Auf dem Umschlag ist jeweils der [Aufkleber für die Lösungsvorschläge/Angebotsaufkleber] gemäß [Formblatt] ausgefüllt anzubringen. Elektronische [Lösungsvorschläge/Angebote] werden nicht zugelassen.

Die [Lösungsvorschläge/indikative Angebote] müssen vollständig sein. Die [Lösungsvorschläge/indikative Angebote] sind auf der Grundlage der Formblätter mit den gemäß Ziff. ... beizufügenden

Unterlagen abzugeben. Die [Lösungsvorschläge/Angebote] müssen zwingend die Mindestanforderungen gemäß Ziff. ... der Leistungsbeschreibung einhalten. Es muss sich aus dem [Lösungsvorschlag/indikativem Angebot] nachprüfbar und übersichtlich (vorzugsweise in einer Übersicht zum [Lösungsvorschlag/indikativem Angebot]) ergeben, dass diese Mindestanforderungen erfüllt werden. [Der Lösungsvorschlag/das indikative Angebot] muss die Preise und die in den Vergabeunterlagen geforderten Erklärungen und Angaben enthalten. Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein.

[Lösungsvorschläge/indikative Angebote], die die vorstehenden Anforderungen nicht erfüllen, werden zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Ein diesbezügliches Ermessen hat der Auftraggeber lediglich, wenn [Lösungsvorschläge/Angebote] unvollständige Angaben und Erklärungen enthalten oder wenn der vorgeschriebene Gesamtumfang überschritten wird. Die [Lösungsvorschläge/indikativen Angebote] sowie die Formblätter, Erklärungen und Nachweise müssen (soweit vorgesehen) durch bevollmächtigte Vertreter unterschrieben sein. Der Name des/der Unterzeichnenden ist anzugeben. Der Umfang der dem [Lösungsvorschlag/indikativem Angebot] beigefügten Unterlagen gemäß Ziff. ... soll – einschließlich der Planunterlagen – [Anzahl] DIN A4 Standardordner nicht überschreiten.

## **2. Dem Lösungsvorschlag /indikativem Angebot beizufügende Unterlagen**

[Der Lösungsvorschlag/das indikative Angebot] ist mit dem [als Formblatt [...]] beigefügten Anschreiben abzugeben. Dem [Lösungsvorschlag/Angebot] sind die folgenden Anlagen (ausgefüllte Formblätter, Angaben und Nachweise) beizufügen:

## 13 Musterformulare

- ... [Benennung der Formblätter];
- ... [Auszug aus der funktionalen Leistungsbeschreibung zum Bau];
- ... [Auszug aus der funktionalen Leistungsbeschreibung zum Betrieb];
- ... [Auszug aus der funktionalen Leistungsbeschreibung zur Finanzierung].

[Der Lösungsvorschlag/das Angebot] ist entsprechend der vorstehenden Auflistung zu gliedern.

### 3. Entschädigung der teilnehmenden Unternehmen

Wettbewerblicher Dialog: Alle nicht obsiegenden Unternehmen, die rechtzeitig Lösungsvorschläge unterbreitet haben und dazu die gemäß Ziff. ... verlangten Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen vorgelegt haben, erhalten nach Beendigung des Vergabeverfahrens von dem Auftraggeber eine Kostenerstattung gemäß § 6a Abs. 7 VgV in Höhe von EUR [...].

Verhandlungsverfahren: Jedes Unternehmen, das rechtzeitig ein qualifiziertes Angebot unterbreitet hat und dazu die im Verlaufe des Verfahrens verlangten qualifizierten und konkretisierten Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen vorgelegt hat, und auf dessen Angebot der Zuschlag nicht erteilt wird, erhält nach Beendigung des Vergabeverfahrens eine Entschädigung gemäß § 20 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A in Höhe von EUR [...].

### 4. Nebenangebote<sup>7</sup>

Nebenangebote sind nur bei gleichzeitiger Abgabe eines [Lösungsvorschlags/Hauptangebotes], das die Mindestanforderungen gemäß Ziff. ... erfüllt, zulässig. Nebenangebote werden auch ohne die Abgabe eines [Lösungsvorschlags/Hauptangebots] zugelassen, wenn [das Nebenangebot/der Änderungsvorschlag] die unter Ziff. ... genannten Mindestanforderungen insgesamt erfüllt. Nebenangebote, die die

unter Ziff. ... genannten Mindestanforderungen nicht erfüllen, werden auch neben einem [Lösungsvorschlag/Hauptangebot] nicht zugelassen.

Nebenangebote müssen in einer besonderen Anlage aufgeführt und als solche deutlich gekennzeichnet werden. Nebenangebote sind durch den Bieter eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, insbesondere im Hinblick auf die Abweichung vom [Lösungsvorschlag/Hauptangebot] und ggf. der funktionalen Leistungsbeschreibung. Der Bieter hat die Gleichwertigkeit des [Änderungsvorschlags/Nebenangebots] mit den in der Leistungsbeschreibung geforderten Leistungen darzulegen. Nachweise sind entsprechend der Leistungsbeschreibung beizufügen.

### **5. Nachunternehmer<sup>8</sup>**

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

### **6. Sprache**

Die [Lösungsvorschläge und Angebote] sowie die spätere Korrespondenz sind in deutscher Sprache abzufassen. Der Erläuterung dienende Unterlagen, wie Firmen- und Projektbroschüren, können auch in englischer Sprache eingereicht werden.

### **7. Zuschlag und Beurkundung**

Nach interner Zuschlagsentscheidung wird der Auftraggeber den anderen nicht berücksichtigten Bietern gemäß § 13 VgV den Namen

des erfolgreichen Bieters sowie die jeweiligen Gründe für deren Nichtberücksichtigung 14 Tage vor dem Vertragsschluss schriftlich mitteilen und den Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, zur vollständigen Beurkundung seines Angebots nach deutschem Beurkundungsrecht auffordern, soweit dies nach deutschem Beurkundungsrecht in Abhängigkeit von der gewählten Struktur erforderlich ist.

Mit der Abgabe seines Angebots unterliegt der Bieter auch den Bestimmungen über nicht berücksichtigte Angebote (§ 27 VOB/A).

#### Anmerkungen

1. In den Angebotsbedingungen werden die Anforderungen an die Lösungsvorschläge (im Wettbewerblichen Dialog) bzw. Angebote zusammengefasst und dem Anschreiben beigelegt. Sie enthalten mindestens Bestimmungen über die Angebotsfrist (§ 18 VOB/A, § 18 VOL/A), die Zuschlags- und Bindefrist (§ 19 VOB/A, § 19 VOL/A) und den notwendigen Inhalt der Angebote nebst einer Auflistung der vom Bieter vorzulegenden Unterlagen. Die Missachtung der in den Angebotsbedingungen formulierten Mindestanforderungen führt zum Ausschluss des Angebots.
2. Nach § 11 Nr. 1 VOB/A, § 11 Nr. 1 VOL/A sind die Ausführungsfristen ausreichend zu bemessen.
3. Um den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Wettbewerbs umfassend zu genügen, teilt die Vergabestelle den Bietern den vorgesehenen Verfahrensablauf – soweit bekannt – möglichst frühzeitig, also bereits in den Ausschreibungsunterlagen, mit und weicht in der Folge davon nicht überraschend oder willkürlich ab. Zudem ist spätestens in

der Beschreibung anzugeben, falls der Auftraggeber beabsichtigt, den Wettbewerblichen Dialog in mehreren Phasen abzuwickeln, um dabei die Zahl der Teilnehmer gegebenenfalls zu verringern (§ 6a Abs. 4 S. 2 VgV). Entsprechendes gilt für das Verhandlungsverfahren.

4. Werden einem Bewerber wichtige Aufklärungen über die geforderte Leistung oder die Grundlagen der Preisermittlung erteilt, so sind sie aus Gründen der Gleichbehandlung auch den anderen Bewerbern unverzüglich mitzuteilen, § 17 Nr. 7 Abs. 2 VOB/A, § 17 Nr. 6 VOL/A. Die Bieterfragen sind mit großer Sorgfalt zu beantworten, denn die Antworten werden Bestandteil der Vergabeunterlagen (vgl. Ziff. I).
5. Im Verhandlungsverfahren sowie im Wettbewerblichen Dialog sind die Fristen nicht starr anhand einer Mindestanzahl von Tagen vorgegeben, sie müssen jedoch angemessen sein. Sämtliche Fristen sind bekannt zu machen, alle Bewerber und Bieter unterliegen den gleichen Fristen.
6. Abhängig vom Zeitpunkt des Hinweises eines Bieters hat der Auftraggeber seine Auffassung zu den Unklarheiten allen Mitbewerbern mitzuteilen (§ 17 Nr. 7 Abs. 2 VOB/A, § 17 Nr. 6 Abs. 2 VOL/A).
7. Zur Zweckmäßigkeit der Zulassung von Nebenangeboten vgl. Kapitel 8.2. Die Anforderungen des Auftraggebers an die Nebenangebote müssen außerdem klar und eindeutig definiert werden.
8. Zur Eignungsprüfung beim Nachunternehmereinsatz vgl. unter Kapitel 7.5.

### 13.6. Musterformular: Formelle Prüfung der Lösungsvorschläge bzw. Angebote

[Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit bezieht sich das nachfolgende Muster nur auf die Wertung von Angeboten nach der VOB/A. Die Wertung von Lösungsvorschlägen in der Dialogphase des Wettbewerblichen Dialogs und die Wertung von Angeboten nach der VOL/A erfolgt entsprechend.]

#### Mitglieder der Prüfungsgruppe und deren Aufgabe bei der Prüfung

Nr.	Vorname	Nachname	Organisation	Aufgabe	Unterschrift	Anwesenheit
1				Verhandlungsleiter		
2						

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

#### 1. Prüfung des Angebots des Bieters

##### Hinweis:

Falls kein Hauptangebot abgegeben wurde, sind unmittelbar die Anforderungen an Nebenangebote gemäß Ziff. 1.9 zu prüfen.

##### 1.1 Rechtzeitiger Eingang des Angebots (§ 23 Nr. 1 und § 25 Nr. 1 a VOB/A)

Zu beachten:

- Das Risiko der Übermittlung des Angebots und des rechtzeitigen Zugangs trägt grundsätzlich der Bieter;
- Mangelndes Verschulden des Bieters führt nur dann nicht zum Ausschluss seines Angebotes, wenn das Angebot dem Auftraggeber nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist ordnungsgemäß zugegangen war, jedoch dem Verhandlungsleiter versehentlich nicht vorgelegt worden ist (§ 22 Nr. 6 VOB/A).

Das Angebot ist rechtzeitig eingegangen (bis zum [Datum, Uhrzeit], vgl. Antwort ... vom [Datum] und Anschreiben des Auftraggebers an die Bieter vom [Datum]):

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

## 1.2 Ordnungsgemäße Form des Angebots

(§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/A bzw. § 23 Nr. 1 i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/A)

Zu beachten (gemäß Ziff. ... der Vergabeunterlagen):

Angebote schriftlich eingereicht:

ja       nein

Angebot fernschriftlich oder fernkopiert eingereicht:

ja       nein

verschlossener Umschlag oder Behältnis:

ja       nein

Angebotsaufkleber gemäß Formblatt [...] außen angebracht:

ja       nein

zweifache Ausfertigung:

ja       nein

Umfang exkl. Pläne nicht mehr als ein DIN A4-Standardordner

ja       nein

### 13 Muster formulare

Die Form des Angebots entspricht Ziff. ... der Vergabeunterlagen

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 1.3 Unterschrift

(§ 25 Nr. 1 Abs. 1 b bzw. § 23 Nr. 1 i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/A)

Zu beachten (gemäß Ziff. ... der Vergabeunterlagen):

- Die Unterschrift muss von einem bevollmächtigten Vertreter des Bieters stammen;
- Die Unterschrift muss zweifelsfrei den gesamten Angebotsinhalt abdecken.

Das Angebot ist rechtsverbindlich unterschrieben:

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 1.4 Geforderte Angaben und Erklärungen

(§ 23 Nr. 1 bzw. 25 Nr. 1 Abs. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A und Ziff. ... der Vergabeunterlagen)

Zu beachten:

- Fehlen vom Auftraggeber zwingend geforderte Unterlagen ist das Angebot auszuschließen, fehlen sonstige Unterlagen, hat der Auftraggeber Ermessen hinsichtlich eines Ausschlusses (Ziff. ... der Vergabeunterlagen);
- Gefordert sind die Abgabe des Angebotsschreibens gemäß Formblatt [...] sowie die Unterlagen gemäß Formblatt [...] (vgl. die nachfolgende Tabelle).

Formblätter bzw. sonstige Unterlagen	Seitenzahlen im Angebot	Ggf. Anlagen nach Nr. und Seitenzahlen	Übereinstimmung mit den Angaben des Bieters in Formblatt [...]	Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen	Bemerkungen (z.B. für den Fall von Änderungen an den Eintragungen: auf welchen Seiten? Was für Änderungen?); ggf. Bemerkungen auf gesonderter Anlage

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

### Weitere vom Bieter eingereichte Unterlagen

Beschreibung der Unterlagen	Seitenzahlen im Angebot	Ggf. Anlagen nach Nr. und Seitenzahlen	Übereinstimmung mit den Angaben des Bieters in Formblatt [...]	Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen	Bemerkungen (z.B. für den Fall von Änderungen an den Eintragungen: auf welchen Seiten? Was für Änderungen?); ggf. Bemerkungen auf gesonderter Anlage
			<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

Das Angebot enthält die geforderten Angaben und Erklärungen:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

## 1.5 Rechnerische, wirtschaftliche und technische Prüfung (§ 23 Nr. 2 VOB/A)

Zu beachten:

- Die rechnerische Prüfung erstreckt sich darauf, ob bei den Preisen Rechen- oder Übertragungsfehler auftreten, die gegebenenfalls zu berichtigen sind. Unbeabsichtigte rechnerische Fehler können nur dann zum Ausschluss des Angebots führen, wenn daraus die mangelnde Zuverlässigkeit des Bieters i.S.v. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A folgt; Nachlässigkeiten bei der rechnerischen Prüfung gehen zu Lasten des Auftraggebers. Auffällig wären z.B. fehlende, überschriebene oder mit Bleistift eingetragene Angaben.
- Bei der wirtschaftlichen Prüfung werden die angebotenen Preise auf ihre wirtschaftliche Plausibilität untersucht. Der Auftraggeber wird dabei, soweit möglich, auf Erfahrungswerte aus früheren Angeboten zurückgreifen.
- Bei der technischen Prüfung müssen bezüglich des jeweiligen Bauobjektes die allgemein anerkannten Regeln der Technik und die besonderen technischen (DIN-) Vorschriften beachtet werden.

Die Preisangaben sind rechnerisch richtig:

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

Die Preisangaben sind vollständig:

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

Die wirtschaftliche Prüfung des Angebotes (ohne Bezugnahme zu den anderen Angeboten) hat ergeben, dass kein offenkundiges Missverhältnis zwischen den Preisen und der Leistung des Angebotes besteht.

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

Die technische Prüfung des Angebotes (ohne Bezugnahme zu den anderen Angeboten) hat ergeben, dass das Angebot den gestellten technischen Anforderungen entspricht.

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 1.6 Ggf. zweifelsfreie Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen (§ 23 Nr. 1 b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 4 VOB/A bzw. § 25 Nr. 1b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 4 VOB/A)

Eventuelle Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen im Angebot sind zweifelsfrei (Ziff. ... der Vergabeunterlagen):

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 1.7 Erfüllung der Mindestanforderungen

Zu beachten:

- Die Angebote müssen den Mindestanforderungen gemäß Ziff. ... der Vergabeunterlagen entsprechen. Die Bieter müssen darlegen,

### 13 Musterformulare

dass dies der Fall ist (Ziff. ... der Vergabeunterlagen).

- Bei einer erheblichen Abweichung von den Mindestanforderungen ist stets zu prüfen, ob die Abweichung nicht ein Nebenangebot sein könnte. Ist dies der Fall, richtet sich die weitere Prüfung nach Gliederungspunkt 2.

Mindestanforderung erfüllt (die nachfolgend zitierten Ziffern beziehen sich auf die Vergabeunterlagen)		Bemerkungen
Neubau auf den Flurstücken _____ und dem Teilstück _____	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

<p>Ergebnis: Das Angebot erfüllt die in Ziff. ... der Vergabeunterlagen enthaltenen Mindestanforderungen:</p> <p><input type="checkbox"/> trifft zu      <input type="checkbox"/> trifft nicht zu, d.h. Ausschluss</p> <p>ggf. Bemerkung: _____</p>
---

### 1.8 Änderungen an den Verdingungsunterlagen (§ 23 Nr. 1 i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A bzw. 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A)

Zu beachten:

- Angebote, die die Verdingungsunterlagen abändern (z.B. durch Ergänzungen oder Streichungen) und die eine erheblich andere als die ausgeschriebene Leistung anbieten, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen.
- Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Bieter – sofern das indikative Angebot zu einzelnen Punkten schweigt – den Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung entsprechen wird. Treten jedoch

bereits im indikativen Angebot begründete Zweifel daran auf, dass der Bieter in seinem endgültigen Angebot bestimmte Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung nicht erfüllen wird oder erfüllen kann, ist das beim Bieter aufzuklären und ggf. zum Gegenstand der Verhandlungen zu machen. Unter Umständen handelt es sich in einem solchen Fall um ein (nicht als solches gekennzeichnetes) Nebenangebot. Dann würde sich die weitere Prüfung nach Gliederungspunkt 2. richten.

Das Angebot enthält keine Änderungen des Bieters an den Verdingungsunterlagen:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 1.9 Keine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c VOB/A)

Zu beachten:

- Es werden grundsätzlich auch Verstöße erfasst, die die Schwere eines Verstoßes gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht nicht erreichen.

Der Bieter hat in Bezug auf die Vergabe keine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 2.0 Formelle und inhaltliche Anforderungen an Nebenangebote (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A und Ziff. ... der Leistungsbeschreibung)

Zu beachten:

- Alle Nebenangebote müssen den formalen Anforderungen gemäß Ziff. ... der Vergabeunterlagen entsprechen, die in der nachfolgenden Tabelle genannt und erfasst werden. Die Tabelle ist ggf. zu vervielfältigen.
- Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers, ein Angebot auszuschließen, wenn das Nebenangebot bzw. der Änderungsvorschlag nicht auf besonderer Anlage gemacht oder nicht deutlich gekennzeichnet ist oder wenn der Bieter die Gleichwertigkeit seines Nebenangebots zum Hauptangebot nicht im Einzelnen dargelegt hat.
- Um festzustellen, ob Nebenangebote zu den geforderten Hauptangeboten gleichwertig sind, muss der Auftraggeber die Nebenangebote mit den in der Leistungsbeschreibung geforderten Leistungen vergleichen und auf Vollständigkeit hin überprüfen.
  - Die Gleichwertigkeit kann nur bejaht werden, wenn das Nebenangebot mit hinreichender Sicherheit geeignet ist, den in der Leistungsbeschreibung geforderten Leistungen in allen technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und terminlichen Einzelheiten gerecht zu werden.
  - Soll das Nebenangebot nur einen Bestandteil des Hauptangebotes ersetzen, muss für die Vergabestelle eindeutig erkennbar sein, von welchem Bestandteil des Hauptangebots abgewichen wird. Auch dürfen infolge des Nebenangebots keine zusätzlichen Leistungen erforderlich werden, die bisher in den Verdingungsunterlagen nicht berücksichtigt wurden.
  - Wird das Nebenangebot unter einer Bedingung oder unter einem Vorbehalt abgegeben, dessen Eintritt in der Sphäre des

Bieters liegt, so ist es mit dem in der Leistungsbeschreibung geforderten Angebot nicht gleichwertig.

- Nebenangebote müssen bereits bei der Abgabe so beschaffen sein, dass sie mit der geforderten Leistung gleichwertig sind. Die Vergabestelle darf fehlende Angaben zur Gleichwertigkeit grundsätzlich nicht im Wege der Nachverhandlung ergänzen lassen.
- Für die Prüfung der Nebenangebote ist im Übrigen zu unterscheiden zwischen einem Nebenangebot, das erkennbar anstelle eines Hauptangebots abgegeben wurde (dazu unter Ziff. 2.1), und zwischen Nebenangeboten, die parallel zu einem Hauptangebot abgegeben wurden (dazu unter Ziff. 2.2).

Nebenangebot Nr. ...	auf gesonderter Anlage?	inhaltlich beschrieben?	Ggf. Bemerkungen	Formale Anforderungen an Nebenangebote (Ziff. ... Vergabeunterlagen) erfüllt?
	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein		<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

## 2.1 Prüfung der Nebenangebote, falls kein Hauptangebot abgegeben wurde

Das Nebenangebot Nr. ... wurde erkennbar anstelle eines Hauptangebots abgegeben.

Zu beachten:

- Falls kein Hauptangebot abgegeben wurde, sind die Anforderungen unter Ziff. 1.1 bis 1.9 für das erkennbar anstelle eines Hauptangebots abgegebene Nebenangebot zu prüfen; die für das Hauptangebot vorgesehenen Formulare und Tabellen unter Ziff. 1.1 bis 1.9 sind für

### 13 Musterformulare

dieses Nebenangebot zu verwenden und entsprechend auszufüllen.

- Darüber hinaus sind die besonderen Anforderungen an Nebenangebote gemäß Ziff. ... der Vergabeunterlagen zu prüfen:

Ergebnis der Prüfung: Das Nebenangebot Nr. ... erfüllt die Anforderungen gemäß Ziff. ... und die übrigen an Nebenangebote gestellten Anforderungen, insbesondere die Mindestanforderungen gemäß Ziff. ... Vergabeunterlagen:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

#### 2.2 Prüfung des Nebenangebots Nr. ..., das parallel zu einem Hauptangebot abgegeben wurde, das den formellen Anforderungen an die Angebote gemäß Ziff. ... Vergabeunterlagen entspricht

##### Hinweis:

Die Anforderungen unter Ziff. 1.1 bis 1.9 sind für jedes Nebenangebot, das parallel zu einem Hauptangebot (oder einem Nebenangebot, das den Anforderungen gemäß Ziff. 2.1 entspricht) abgegeben wurde, gesondert zu prüfen. Die Blätter sind deshalb zu vervielfältigen, falls ein Bieter mehrere solche Nebenangebote abgegeben hat.

Das Nebenangebot Nr. ... ist zu den in der Leistungsbeschreibung festgelegten Leistungen insgesamt gleichwertig. Es entspricht den ausgeschriebenen Leistungen in allen technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und terminlichen Einzelheiten:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 3.0 Ergebnis der formellen Prüfung

Die formellen Voraussetzungen gemäß §§ 23 Nr. 1 und 2, § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A werden insgesamt erfüllt

Angebot	trifft zu	trifft nicht zu, d.h. Ausschluss	Bemerkungen
Hauptangebot	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	
Nebenangebot Nr. ...	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	<input type="checkbox"/> ja <input type="checkbox"/> nein	

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

## 13.7. Musterformular: Materielle Wertung der Lösungsvorschläge und Angebote

[Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit bezieht sich das nachfolgende Muster nur auf die Wertung von Angeboten nach der VOB/A. Die Wertung von Lösungsvorschlägen in der Dialogphase des Wettbewerblichen Dialogs und die Wertung von Angeboten nach der VOL/A erfolgt entsprechend.]

### Mitglieder der Prüfungsgruppe und deren Aufgabe bei der Prüfung

Nr.	Vorname	Nachname	Organisation	Aufgabe	Unterschrift	Anwesenheit
1				Verhandlungsleiter		
2						

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

#### 1. Wertung des Angebots des Bieters [Name, Anschrift]

#### 2. Zweite Wertungsstufe: Eingeschränkte Eignungsprüfung

##### 2.1 Kein persönlicher oder betrieblicher Ausschlussgrund hinsichtlich des Bieters (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A i.V.m. § 8 Nr. 5 VOB/A)

Zu beachten:

- Relevant sind nur nach dem Zeitpunkt der Angebotsaufforderung eingetretene Ausschlussgründe;
- Es sind betriebliche und persönliche Gründe zu berücksichtigen;
- Gemäß § 8 Nr. 5 VOB/A können solche Bieter ausgeschlossen werden,
  - über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde,
  - deren Unternehmen sich in Liquidation befindet,
  - die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt,

- die ihre Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt haben,
- die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben haben,
- die sich nicht bei der Berufsgenossenschaft angemeldet haben.

Der Bieter muss nicht gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A i.V.m. § 8 Nr. 5 VOB/A von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

## 2.2 Keine nachträglichen Zweifel an der Eignung des Bieters (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A)

Zu beachten:

- Zu berücksichtigen sind Umstände, die nach der Angebotsaufforderung eingetreten sind;
- Zu berücksichtigen sind auch Umstände, die zwar objektiv vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgelegen haben, dem Auftraggeber aber nicht bekannt waren.

Das Angebot kommt für die qualifizierte Angebotsphase in Betracht, weil nach Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Zweifel an der Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des Bieters entstanden sind:

trifft zu       trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 3. Dritte Wertungsstufe: Prüfung des Angebotspreises des Bieters

#### 3.1 Angemessenheit des Angebotspreises

(§ 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 und 3 S. 1 VOB/A)

Zu beachten:

- Der Zuschlag darf nicht auf ein Angebot erteilt werden, dessen Gesamtpreis unangemessen hoch oder niedrig ist. Deshalb ist auch bei der Auswahl der Bieter für die qualifizierte Angebotsphase darauf zu achten, dass die Angebotspreise im indikativen Angebot nicht unangemessen sind.<sup>92</sup>
- Es ist zunächst zu prüfen, ob ein auffällig hohes oder niedriges Angebot vorliegt. "Auffällig" sind Angebotspreise mit Abweichungen ab 10 % zum nächst niedrigen oder nächst höheren Angebot. Liegt kein Angebot mit auffällig hohen Abweichungen vor, kann die Prüfung der Angemessenheit der Preise beendet werden.
- Erweist sich ein Angebotspreis als auffällig hoch oder niedrig, ist es im Einzelnen darauf hin zu untersuchen ob bei dem angebotenen Gesamtpreis eine ordnungsgemäße Auftrags erledigung zu erwarten ist. Dabei sind ggf. die Einzelpositionen/Teile eines Angebots für die Prüfung zu berücksichtigen, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung besteht. Die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens oder des Betriebs, die gewählten technischen Lösungen oder sonstige günstige Ausführungsbedingungen oder Finanzierungsvarianten sind zu berücksichtigen.
- Ist anhand der vorliegenden Unterlagen über die Preisermittlung die Angemessenheit des auffällig abweichenden Angebotspreises nicht zu beurteilen, ist vom Bieter schriftlich Aufklärung über die

---

**92** Bei der Beurteilung ungewöhnlich niedriger Angebote sind staatliche Beihilfen gemäß Art. 55 (3) der Richtlinie 2004/18/EG zu berücksichtigen. Danach muss der Bieter, innerhalb einer vom öffentlichen Auftraggeber festzulegenden, ausreichenden Frist nachweisen, dass er die staatliche Beihilfe rechtmäßig erhalten hat, ansonsten ist sein Angebot auszuschließen.

Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung oder für Teilleistungen zu verlangen, gegebenenfalls unter Festlegung einer zumutbaren Antwortfrist (§ 25 Nr. 3 Abs. 2 S. 1, Nr. 7 VOB/A). Die Angemessenheit der Preise kann auch Gegenstand der Erörterung im Rahmen der Angebotspräsentation sein.

Angebotsendsumme	Aufklärungsverlangen am	Inhalt der Aufklärung (ggf. Verweis auf Anlage)

Falls ein auffällig hoher oder niedriger Angebotspreis vorliegt:

Der Angebotspreis ist angemessen:

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

### 3.2 Einwandfreie Ausführung ist zu erwarten

(§ 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 1 VOB/A)

Unter Berücksichtigung rationellen Baubetriebs und sparsamer Wirtschaftsführung lässt das Angebot eine einwandfreie Ausführung einschließlich Haftung für Mängelansprüche erwarten:

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

## 4. Vierte Wertungsstufe: Wirtschaftlichkeitsprüfung des Angebots des Bieters

### 4.1 Wertung des Hauptangebots bzw. des dieses ersetzenden Nebenangebots

Zu beachten:

- Die Begründung für die Punktverteilung ist zumindest stichpunktartig in eine Bewertungsmatrix aufzunehmen. Zu etlichen Punkten/Zuschlagskriterien wird die Begründung auf einer gesonderten Anlage unerlässlich sein. Für die Begründung ist nicht allein das Angebot nach den Zuschlagskriterien zu würdigen, sondern es sind zugleich die Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung zu berücksichtigen. Außerdem erfolgt die Punktverteilung im wertenden Vergleich der Angebote untereinander.

[Platzhalter: Hier ist eine Wertungsmatrix einzufügen.]

### 4.2 Wertung der Nebenangebote

Zu beachten:

- Die Mindestbedingungen erfüllende Nebenangebote sind wie Hauptangebote anhand einer Wertungsmatrix auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen.

[Platzhalter: Hier ist die Wertungsmatrix hinsichtlich der Nebenangebote einzufügen.]

### 4.3 Übersicht: Wertung des Hauptangebots und der Nebenangebote des Bieters/der Bietergemeinschaft

Angebot	Gesamtpreis in EUR	Gesamtzahl der Punkte	Quotient (Preis/Punktzahl insgesamt)	Rang unter allen Angeboten
Hauptangebot				
Nebenangebot Nr. ...				
Nebenangebot Nr. ...				

[Tabelle ist ggf. fortzuführen.]

Der Bieter des vorliegend geprüften Hauptangebots/Nebenangebots Nr. ... wird zur Abgabe eines qualifizierten Angebots aufgefordert:

trifft zu     trifft nicht zu, d.h. Ausschluss

ggf. Bemerkung: \_\_\_\_\_

## 13.8. Musterformular: Mitteilung von modifizierten Anforderungen an die endgültigen Angebote im Verhandlungsverfahren und im Wettbewerblichen Dialog

[Briefkopf Auftraggeber]

[Adresse Bieter]

Vergabeverfahren [...] — Ihr [Lösungsvorschlag/indikatives Angebot] vom ... — Aufforderung zur Abgabe eines [endgültigen/qualifizierten] Angebots

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit fordern wir Sie auf, in dem o.g. Vergabeverfahren ein [endgültiges/ qualifiziertes] Angebot abzugeben.

### 1. Formelle Anforderungen an die Angebote

Für das [endgültige/qualifizierte] Angebot gelten entsprechend die Angebotsbedingungen und Verfahrensregeln gemäß Ziff. 3 der Vergabeunterlagen, soweit diese nicht durch die Antworten auf Bieterfragen und die in diesem Schreiben festgelegten modifizierten/ergänzenden Anforderungen geändert oder ergänzt werden.

Die [endgültigen Angebote (im Wettbewerblichen Dialog) bzw. qualifizierten Angebote (im strukturierten Verhandlungsverfahren)] sind in zweifacher Ausfertigung bis spätestens zum [...], [...] Uhr bei [...] entsprechend der gem. Ziff. 3.4.1 der Vergabeunterlagen und den nachfolgend genannten Anforderungen abzugeben.

In den Angeboten (einschließlich der Anlagen) ist jede Seite auf dem oberen rechten Rand fortlaufend zu nummerieren und jeweils mit der Paraphe einer vertretungsberechtigten Person des Bieters zu versehen.

Der Umfang der dem qualifizierten Angebot beigefügten Unterlagen gem. Ziff. 3.4.2 ergibt sich aus den Erfordernissen des Angebots und ist insoweit in Abweichung von Ziff. 3.4.1 der Vergabeunterlagen dem Bieter freigestellt.

## **2. Einzureichende Unterlagen**

Für das Angebot sind die Angaben der Bieter in den [Lösungsvorschlägen/indikativen Angeboten] zu konkretisieren und ggf. zu erweitern sowie ggf. auf der Grundlage der mit dem Auftraggeber geführten Verhandlungsgespräche zu ändern.

In den geforderten Unterlagen ist jeweils zu benennen und ggf. zu begründen, ob die dort gemachten Angaben inhaltlich Änderungen gegenüber den Angaben im [Lösungsvorschlag/indikativen Angebot] enthalten.

Im Hinblick auf die Finanzierungszusage gelten die folgenden Maßgaben: [...].

Dem Angebot sind – sofern diese in der geforderten Form nicht schon mit dem [Lösungsvorschlag/indikativen Angebot] eingereicht bzw. die Unterlagen im Rahmen des qualifizierten Angebots überarbeitet wurden – die folgenden Anlagen (ausgefüllte Formblätter, Angaben und Nachweise) beizufügen: [Liste]

Der Bieter hat in den dem Angebot beizufügenden Unterlagen nachprüfbar darzulegen, dass er die Mindestanforderungen gem.

Ziff. 4 der Vergabeunterlagen erfüllt. Nebenangebote werden im Rahmen des qualifizierten Angebots nicht zugelassen.

### 3. Weiterer Verfahrensablauf

Für den weiteren Verfahrensablauf sind die folgenden Verfahrenstermine und -fristen vorgesehen: [...]

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

Mit freundlichen Grüßen

[...]

#### **Anmerkungen**

Die vorstehende Fortschreibung der Vergabeunterlagen enthält beispielhaft einige modifizierte Anforderungen an die endgültigen bzw. qualifizierten Angebote. Da die mit der Aufforderung zur Abgabe von Lösungsvorschlägen bzw. indikativen Angeboten übersandten Vergabeunterlagen grundsätzlich fortgelten, empfiehlt es sich, für die Fortschreibung auf die jeweils einschlägigen Ziffern der bisherigen Vergabeunterlagen (vgl. Musterformular 13.5) Bezug zu nehmen.

Wesentliche Voraussetzung für das Gelingen von Public Private Partnership (PPP)-Projekten ist eine funktionierende Zusammenarbeit zwischen Öffentlicher Hand und dem privaten Partner. Ziel eines jeden PPP Vergabeverfahrens ist es daher, in einem fairen und transparenten Vergabeverfahren den bestmöglichen Partner zu finden, der über einen langen Zeitraum die vereinbarte Leistungsleistung ordnungsgemäß erbringt.

Hierfür will der gemeinsame Leitfaden der PPP Task Force des Bundes und der PPP Task Force des Landes Nordrhein Westfalen Hilfestellung leisten. Der Leitfaden bildet den gesamten Verfahrensablauf eines PPP-Projektes ab – von den ersten Überlegungen der Vergabestelle, über die einzelnen Schritte des Vergabeverfahrens bis zur abschließenden Zuschlagserteilung. Die im Leitfaden enthaltenen Musterformulare dienen als Empfehlung für die inhaltliche Ausgestaltung der maßgeblichen Unterlagen eines PPP Vergabeverfahrens.

