



EVERYTHING MATTERS

Tagung Kommunales Infrastruktur-
Management
29.06.2007 in Berlin

**Infrastrukturmanagement als
Beschaffungs- und Vertragsmanagement**

Dr. Frank Roth

Eingrenzung

- Das Management kommunaler Infrastruktur bedeutet zu einem wesentlichen Teil das Management von Grundstücken und Gebäuden.
- Im Vordergrund bei der Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge steht die soziale Infrastruktur, die nicht an Immobilien sondern an Gebäude (Objekten) und deren Funktionen anknüpft: Schulen, Krankenhäuser, im weiteren Sinne auch Verwaltungsgebäude.
- Mit bzw. in diesen Gebäuden werden Aufgaben erfüllt, deren Trägerschaft auf absehbare Zeit bei den Kommunen verbleiben wird, zu deren Finanzierung und Umsetzung die Kommunen aber vermehrt die Privatwirtschaft heranziehen.

Konventionelle Beschaffung bei kommunaler Infrastruktur

- Das Management kommunaler Infrastruktur enthält unabhängig von den Mitteln der Umsetzung immer auch Elemente der Beschaffung.
- Das überkommene Vergabewesen zielte auch bei kommunaler Infrastruktur auf die Vergabe von Bauaufträgen für öffentliche Gebäude und davon getrennt die Vergabe von Aufträgen für betriebliche Leistungen.
- Dieses Verständnis hat sich in den vergangenen Jahren grundsätzlich gewandelt. Von der Seite der Aufgabenerfüllung aus betrachtet treten bei den unterschiedlichsten öffentlich-privaten Kooperationsformen neben den Bau nun auch der Betrieb und die Erhaltung sowie die Finanzierung.

„Phasenverschiebungen“ bei PPP-Modellen

- Gewandeltes Beschaffungsverständnis vor allem beim Neubau bzw. der Sanierung von Schulgebäuden.
- Unabhängig von der baurechtlichen Gewährleistung übernimmt der Private während der gesamten Vertragsdauer grundsätzlich das Risiko, dass das Schulgebäude zur Nutzung zur Verfügung steht.
- An die Stelle des Werklohns tritt eine wiederkehrende Vergütung, die Bau-, Betriebs-, Erhaltungs- und Finanzierungsleistungen abgilt.
- Der Private übernimmt eine Finanzierungsleistung für die er Fremdkapital einkauft. Er ist daher darauf angewiesen, dass der Vertrag über seine Laufzeit einen einigermaßen robusten Zahlungsstrom gewährleistet, um die aufgenommenen Darlehen zu tilgen und die kalkulierte Eigenkapitalrendite zu sichern.

Folgerungen für Vertragsgestaltung

- Diese „Phasenverschiebungen“ stellen große Anforderungen an die vertragliche Gestaltung und daran, die oft komplizierten Regelwerke auch über Jahrzehnte hinweg mit Leben zu erfüllen.
- Ein PPP-Projektvertrag lässt sich nicht einfach aus einem Bauvertrag und einem Dienstleistungs- bzw. Mietvertrag zusammenfügen. Vorhandene Vertragstypen eignen sich nicht als Leitbilder für die jeweils vom Vertrag erfassten Abschnitte des Projekts.
- Die im bürgerlichen Gesetzbuch angebotenen und teilweise in Verdingungsordnungen konkretisierten Vertragstypen sehen eine Risikoverteilung vor, die mit den wesentlichen Grundgedanken von PPP unvereinbar ist. Beispiele:
 - Abnahme
 - Mietrechtliche Gewährleistung

Ausführung der Beispiele

- Die dem Auftragnehmer günstigen Folgen einer werkvertraglichen Abnahme „passen“ dann nicht, wenn der Auftragnehmer unabhängig von seiner Gewährleistung die Funktionalität des Gebäudes während des Betriebs ohnehin aufrechterhalten muss.
- Die mietrechtliche Gewährleistung ist kein geeignetes Instrument, um Mängel im Betrieb zu sanktionieren. Die Rollenverteilung zwischen Kommune und Privatem bei einem PPP-Projektvertrag entspricht nicht derjenige zwischen Mieter und Vermieter, eine mietrechtliche Minderung steht ein Entgelt gegenüber, das keine „Miete“ ist sondern ein ganzes Bündel integrierter Leistungen abgilt.
- Schließlich treten Risiken hinzu, die sich erst aus den langen Laufzeiten ergeben, insbesondere das Risiko, dass sich die rechtlichen Anforderungen an Betrieb und Erhaltung verschärfen und damit nur zu höheren Kosten als kalkuliert erbracht werden können.

Infrastrukturmanagement und Vertragsmanagement

- Bau- und Dienstleistungsverträge im Bereich der kommunalen Infrastruktur werden regelmäßig im Wege der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung vergeben.
- Hier müssen die Verdingungsunterlagen so beschaffen sein, dass die Bieter ein Angebot abgeben können und müssen, welches der Auftraggeber durch Zuschlagserteilung annimmt – Keine Verhandlungen.
- Die vertraglichen Regelungen ergeben sich aus Verdingungsordnungen und/oder sonst vorgegebenen Vertragsbedingungen und subsidiär aus dem bürgerlichen Recht.
- Vergabe von PPP-Projekten demgegenüber meist im Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog. Der Zuschlag erfolgt auf der Grundlage komplexer Projektverträge, in denen nur hilfsweise auf Verdingungsordnungen verwiesen wird.

Vertragsentwurf bei PPP-Vergaben

- Fragen bei Verhandlungsverfahren:
 - Worüber wird bei PPP-Projekten tatsächlich verhandelt?
 - Welche sind die vertraglichen Grundlagen?
 - Wer legt in welchem Stadium einen Vertragsentwurf vor?
 - Welche Rolle spielt der Vertragsentwurf im Verfahren?
- Ein Vertragsentwurf kann bei PPP-Vergaben nicht die verfahrensmäßige Bedeutung einnehmen, die bei einer öffentlichen Ausschreibung die Bezugnahme auf die Verdingungsordnungen oder andere Regelwerke einnehmen. Das gilt insbesondere:
 - für die abschließende Bestimmung der Leistungen
 - für die Bewertung gewünschter Änderungen an von der Vergabestelle vorgelegten Projektverträgen.

Vorgehen in der Praxis

- Meist legen Vergabestellen schon mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe den Entwurf eines Projektvertrages vor.
- Dabei entsteht häufig das Dilemma, dass aus Gründen der Vergleichbarkeit der Angebote diese strikt auf der Grundlage eines Vertragsentwurfs zu erstellen sind, der aber weiterer Verhandlungen bedarf.
- Führen Änderungen der Bieter am Vertragsentwurf zum Angebotsausschluss? Fließen mitgeteilte Änderungswünsche in die Bewertung ein? Bepreisung von Änderungswünschen?
- So lange mit mehreren Bietern verhandelt wird, muss dann am Ende des letztverbindlichen Angebots wieder ein einheitlicher Vertragsentwurf stehen. Wesentliche Vertragsverhandlungen mit dem bevorzugten Bieter dürfen nicht mehr geführt werden.
- Fazit: Bei PPP-Vergaben sind Vertragsentwürfe schwer zu handhaben, ihre Funktion und ihr Ort im Verfahren sind unklar.

Kritik an der Praxis

- Es macht keinen Sinn, im Verhandlungsverfahren einen Vertragsentwurf vorzulegen, wenn über diesen nicht oder noch nicht substantiell verhandelt werden kann und soll.
- Das erste, indikative Angebot im Verhandlungsverfahren muss nicht zuschlagsfähig sein. Vertragsentwurf als notwendige Grundlage nur für das letztverbindliche Angebot.
- Entscheidend ist, dass die Leistungen eindeutig und erschöpfend beschrieben sind und die Vergleichbarkeit der eingeforderten Angebote sichergestellt ist. Für beides ist die verbindliche Bezugnahme auf einen Vertragsentwurf nicht unabdingbar.
- Neben der meist funktionalen Leistungsbeschreibung kommt es zumindest beim ersten Angebot und also vor Aufnahme der Verhandlungen auf den Entwurf des PPP-Projektvertrages nur insoweit an, als dieser eine bestimmte Risikoverteilung vorsieht und die Verteilung entsprechend zu bepreisen ist.

Risikoverteilung und Vertragsentwurf

- Zwischen Vergabestelle und Bietern, aber auch zwischen den Bietern untereinander bestehen nicht selten unterschiedliche Vorstellungen darüber, welche Risiken der vorliegende Vertragsentwurf welcher Partei zuordnet.
- Viele Risiken, die sich im Laufe des Projekts ergeben können, werden in den Vertragsentwürfen überhaupt nicht ausdrücklich geregelt, was manche Vergabestellen zur zweifelhaften Zuflucht greifen lässt, der Auftragnehmer solle grundsätzlich sämtliche Risiken tragen, die im Vertrag nicht ausdrücklich dem Auftraggeber zugeordnet werden.
- These: Die Vergabestellen und Bieter sind sich nur selten völlig darüber im Klaren darüber, welche Risiken das PPP-Modell während seiner 20 bis 30 Jahre beinhaltet und wie nach dem Entwurf eines PPP-Projektvertrages diese Risiken im Einzelfall zugeordnet würden.

Risikoverteilung und Preisbildung

- Irrglaube, dass die im Wettbewerb miteinander stehenden Bieter, die häufig als Bauunternehmen nach wie vor in erster Linie an den Bauleistungen interessiert sind, jedes Risiko erkennen, analysieren und mit einem „Preisschild“ versehen.
- Die durchgängige Bebreisparkeit von Risiken im Rahmen einer Ausschreibung ist eine gern gehegte Illusion.
- Der „Preis“ eines PPP-Projektvertrages oder eines Konzessionsvertrages ist das Ergebnis einer Gesamtbewertung der in ihm liegenden Chancen und Risiken und nicht einer Einzelbepreisung, nach der sich jede Vertragsänderung in einen Abschlag vom Angebotspreis umrechnen lassen könnte.

Folgerungen für das Vergabeverfahren

- Daher spricht im Ergebnis nichts dagegen, den Bietern von Anfang an einen Vertragsentwurf an die Hand zu geben, zu dem Fragen an die Vergabestelle gestellt werden können und den die Bieter mit dem ersten Angebot kommentieren sollen.
- Die Angebote sollten aber hiervon entkoppelt werden, so dass auch die Wertung nicht vom „Wohlverhalten“ der Bieter gegenüber dem von der Vergabestelle vorgelegten Vertragsentwurf abhängt.
- Stattdessen sollten die Angebote auf einer für alle Bieter verbindlichen Risikoverteilung beruhen. Die Grundlagen der Risikoverteilung müssen vor der Entwicklung des Vertragsentwurfs feststehen. Von dieser Hausaufgabe der Vergabestelle entbinden PPP-Musterverträge nicht.
- Eine reine „Interpretierbarkeit“ der Risiken und ihrer Zuordnung anhand eines Vertragsentwurfs genügt nicht.

Aufgaben einer Risikomatrix

- Die Risikomatrix kann z.B. bestimmen, dass der Auftragnehmer das Rechtsänderungsrisiko nur während der Bauphase trägt, der Auftragnehmer während der Betriebsphase die Verfügbarkeit nach funktionalen Kriterien aufrecht erhalten muss, der Auftraggeber das Nutzungsrisiko trägt etc.
- Erfasst werden sollten die wesentlichen projektspezifischen Risiken, wie sie z.B. auch von den finanzierenden Banken im Rahmen ihrer rechtlichen due diligence bewertet werden.
- In der projektspezifischen Abstimmung liegt ein entscheidender Vorteil gegenüber der heutigen Praxis, wonach Vergabestellen häufig ohne die erforderlichen Anpassungen Vertragsentwürfe verwenden, welche als Standards im Auftrag von PPP-Arbeitsgruppen oder von den Beratern der Vergabestellen ursprünglich für andere Projekte entwickelt wurden.

Von der Risikomatrix zum Vertragsentwurf

- Nimmt die Vergabestelle mit einzelnen Bietern Verhandlungen über ihre Angebote auf, darf die vorgegebene Risikoverteilung aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz nicht angetastet werden.
- Soweit dieser Grundsatz gewahrt bleibt, spricht nichts dagegen, wenn regelrechte Vertragsverhandlungen erst in einem späten Stadium des Vergabeverfahrens stattfinden.
- Selbst wenn nach sukzessiver Einengung des Bieterkreises am Ende nur mit einem bevorzugten Bieter über den Vertragsentwurf verhandelt wird, ist dies vergaberechtlich unschädlich, wenn die zwischen Vergabestelle und Bieter vereinbarten Änderungen die verbindliche Risikoverteilung wahren und auch im Gesamtergebnis letztlich das Projekt beauftragt wird, mit dem die Vergabestelle durch die Vergabebekanntmachung an den Markt herantreten war.

Ergebnisse

- Bei der Beschaffung im Bereich kommunaler Infrastruktur im Wege von PPP-Modellen kann nicht auf bekannte Vertragstypen oder vertragliche Regelwerke für Bau- oder Dienstleistungen verwiesen werden.
- Anders als bei der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung müssen die vertraglichen Grundlagen beim Verhandlungsverfahren nicht bereits zum ersten Angebot „unterschriftsreif“ ausformuliert sein.
- Die Wertung des ersten Angebots sollte von einem von der Vergabestelle vorgelegten Vertragsentwurf entkoppelt werden. Entscheidend ist die Vorgabe einer Risikoverteilung, die sämtlichen Angeboten zugrunde zu legen ist.
- Die Zuordnung der wesentlichen Projektrisiken steht vor dem Vertragsentwurf und ist keine Frage der Vertragsauslegung. Die Vergabestelle muss sich im Vorfeld der Vergabe über ihre Ziele Klarheit verschaffen – dies leistet kein Mustervertrag.



Dr. Frank Roth
Partner

DLA Piper UK LLP
Hohenzollernring 72
50672 Köln

Email: frank.roth@dlapiper.com
Tel: +49 (0)221 277 277 271