

Stellungnahme für die Stadt Ulm

in Bezug auf die vergabe- und haushaltsrechtliche Zulässigkeit eines Vergabeverfahrens zur Beauftragung von Leistungen über eine partnerschaftliche Zusammenarbeit im Zusammenhang mit der Planung und Herstellung des Ersatzneubaus der „Wallstraßenbrücke Brücke“ unter laufendem Betrieb im Rahmen des sog. „Zwei-Phasen-Modells“

Bearbeiter:

Rechtsanwalt Dr. Frank Meininger

Telefon: 0711/860 40-670

E-Mail: frank.meininger@menoldbezler.de

Rechtsanwalt Dr. Alexander Dörr

Telefon: 0711/860 40-620

E-Mail: alexander.doerr@menoldbezler.de

Internet: www.menoldbezler.de

Stuttgart, den 20. Januar 2022

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt.....	4
B. Zusammenfassung	8
I. Hintergrund des sog. „Partnering“	8
II. Vergaberechtliche Beurteilung	9
III. Haushaltsrechtliche Beurteilung	10
C. Rechtliche Würdigung	11
I. Hintergrund des sog. „Partnering“; Anwendung des Partnering durch öffentliche Auftraggeber in der Praxis.....	11
II. Haushaltsrechtliche Beurteilung	13
1. Etatreife, § 24 LHO BW.....	13
2. Baureife, § 54 LHO BW.....	15
III. Vergaberechtliche Beurteilung	16
1. Zu beachtende Vergabebestimmungen	16
2. Vergabereife	17
a) Fertigstellung der Vergabeunterlagen	17
b) Ausführungsbeginn innerhalb der angegebenen Fristen	18
aa) Rechtliche Voraussetzungen	19
bb) Tatsächliche Voraussetzungen	20
3. Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung	20
a) Grundsätzliche Anforderungen.....	20
b) Übertragung auf die hier auszuschreibenden Planungsleistungen.....	21
c) Übertragung auf die Bauleistungen	22

4.	Kein ungewöhnliches Wagnis	22
	a) Natur des Partnering-Modells („Zwei-Phasen-Modells“)	23
	b) Die Bieter lassen sich bewusst auf die Vergabe- und Vertragsbedingungen ein	24
5.	Gestaltung der Zuschlagswertung mit Blick auf die Angebotspreise.	25
6.	Gesamthafte Vergabe der Planungs- und Bauleistungen anstelle einer Losvergabe zur Realisierung des Brücken- und Tunnelbauvorhabens	27
	a) Grundsätzliche Zulässigkeit der gesamthafte Vergabe.....	27
	b) Grundsätze der Abweichung von dem Gebot der Losaufteilung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 5 EU Abs. 2 VOB/A.....	30
	c) Funktionale Leistungsbeschreibung (Leistungsprogramm) rechtfertigt kombinierte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen	33
	d) Gründe der Abweichung vom Grundsatz der Losvergabe	33
7.	Wahl der Verfahrensart	34
	a) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wegen konzeptioneller und innovativer Lösungen als Auftrags- gegenstand gemäß § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 b) VOB/A.....	35
	b) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wegen nicht hinreichend beschreibbarer Leistung gemäß § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/A	35

A. Sachverhalt

Die Stadt Ulm beabsichtigt den Umbau des Verkehrsknotens um den stark frequentierten Kreisverkehr „Blaubeurer-Tor-Ring“ sowie der Brückenbauwerke der B 10 über das Blaubeurer Tor und die Wallstraßenbrücke über die Gleisanlagen der Deutschen Bahn durchzuführen.

Vor dem Hintergrund des problematischen Zustandes der baulichen Substanz der Brückenbauwerke (hier wird nur noch eine Restnutzungsdauer von weniger als 10 Jahren möglich sein) und der schwierigen verkehrsbetrieblichen Führung während einer baulichen Sanierung unter Betrieb, wird seitens der Stadt Ulm eine Gesamtlösung angestrebt, in der die Brücke über das Blaubeurer Tor zurückgebaut und die B 10 durch einen Tunnel mit lokaler Ostverschwenkung unterirdisch durchgeleitet wird (Vorzugsvariante 3a). Die Wallstraßenbrücke soll verkürzt und erneuert werden.

Der Umbau des Bereichs Blaubeurer-Tor-Ring inkl. des Tunnels soll im Sinne der städtebaulichen Zielsetzungen zur Landesgartenschau 2030 realisiert sein.

Der geschätzte Auftragswert der insgesamt zu errichtenden Infrastruktur beträgt nach ersten Berechnungen etwa EUR 140 Mio.

Die B10 mit ihren Brückenbauwerken stellt die Hauptverkehrsader der Stadt Ulm dar. Mehr als 100.000 Fahrzeuge befahren täglich die Wallstraßenbrücke. Von daher muss die Abwicklung der in Rede stehenden Maßnahmen bei laufendem Betrieb erfolgen, d.h. die Gewährleistung des Verkehrsflusses muss auch während jeder einzelnen Bauphase sichergestellt sein. Zudem sind die Belange des Naturschutzes und des Denkmalschutzes zu berücksichtigen.

Die Stadt Ulm beabsichtigt, die für das Verkehrsinfrastrukturprojekt erforderlichen Leistungen in einem partnerschaftlichen Partneringmodell (nachfolgend Partnering-Verfahren oder „Zwei-Phasen-Modell“ genannt) zu vergeben.

Vor diesem Hintergrund beabsichtigt die Stadt Ulm zunächst, ein Planungsbüro mit Generalplanungsleistungen (Objektplanung Verkehrsanlagen, Objektplanung Ingenieurbauwerke, Tragwerksplanung und Fachplanung Technische Ausrüstung für Tunnel) zu beauftragen, das zunächst die Planungsleistungen der LPH 1 bis 2+ HOAI erbringt.

Zur frühzeitigen Einbindung des Know-how des bauausführenden Unternehmens soll im Rahmen eines europaweiten Partnering-Ausschreibungsverfahrens auf der Grundlage der erarbeiteten Planungsunterlagen (Stand LPH 2+ HOAI) ein Auftragnehmer ausgewählt werden, der – zusammen mit dem bisherigen Planungsteam der Stadt Ulm – die Planungsleistungen optimiert („Preconstruction-Phase“). Im Ergebnis wird durch die

frühzeitige Einbindung der Ausführungskompetenz des Bauunternehmers in den Planungsprozess eine unter auch Ausführungsbelangen optimierte Festlegung des Bau-Solls sowie eine ausgewogene Vertragsgestaltung und Risikominimierung für Bauherr und Bauunternehmer erreicht. In der sich anschließenden Construction-Phase (Ausführungsphase) erfolgt die Realisierung des Infrastrukturprojekts durch den Auftragnehmer.

Das seitens der Stadt Ulm beabsichtigte Partnering-Modell weist im Wesentlichen folgende Ablaufstruktur auf:

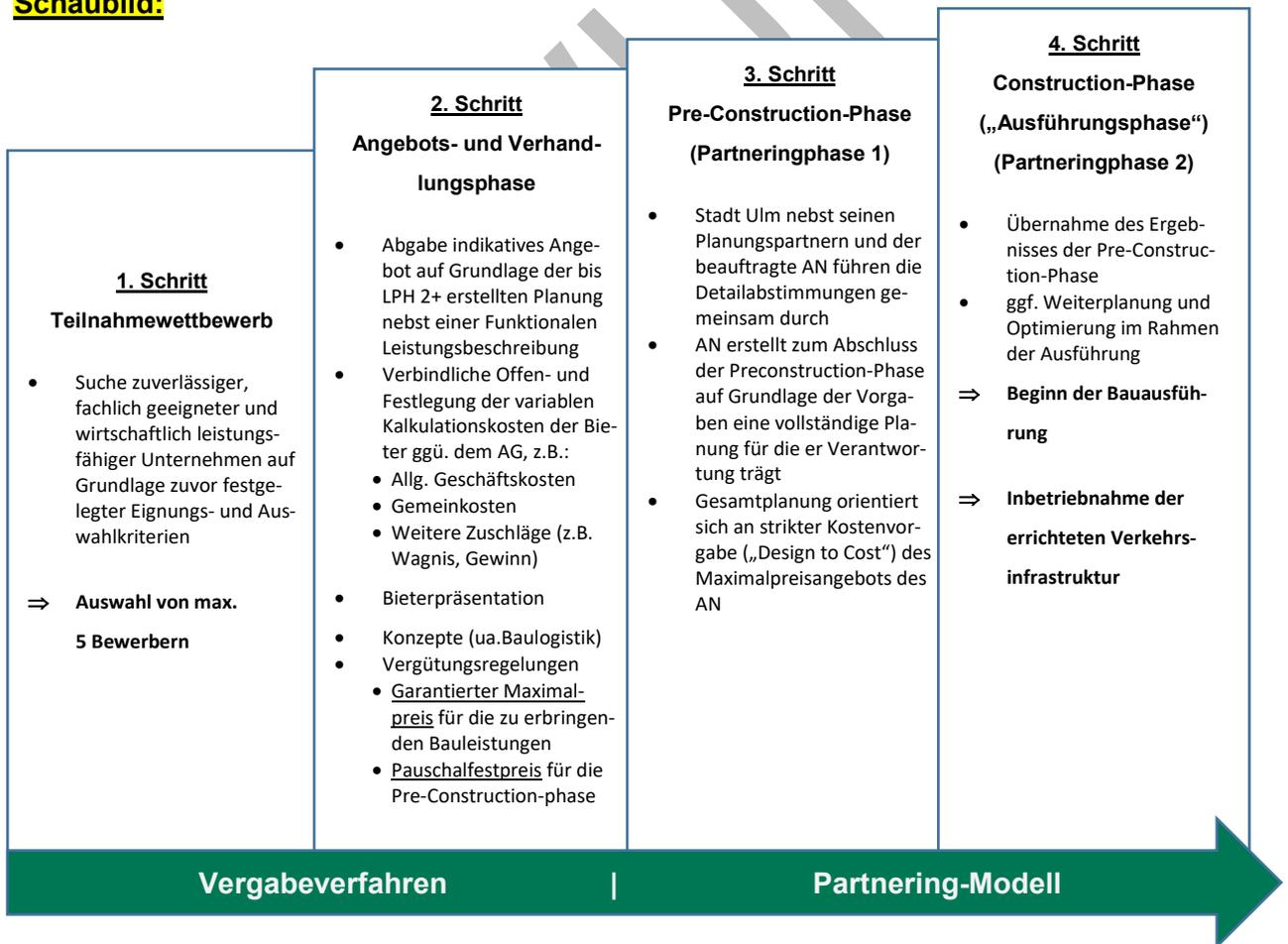
Schritt 1: Europaweiter Teilnahmewettbewerb

Schritt 2: Angebots- und Verhandlungsphase

Schritt 3: Preconstruction-Phase (Partnering-Phase 1)

Schritt 4: Construction-Phase (Partnering-Phase 2)

Schaubild:



Die Durchführung der in den Schritten 3 und 4 dargestellten Planungs- und Bauleistungen wird im Rahmen des Partnering-Modells in zwei Phasen durchgeführt. Für die Phase 1 („Preconstruction-Phase“) und die Phase 2 („Construction-Phase“) ist eine stufenweise Beauftragung vorgesehen. Mit Abruf und Beauftragung der Phase 1 ist kein Anspruch auf Abrufung und Beauftragung der Phase 2 verbunden.

Die Phasen 1 und 2 des Partnering-Prozesses im Einzelnen:

Phase 1 – Pre-construction-Phase / Planungsphase:

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens tritt der ausgewählte Auftragnehmer mit dem Auftraggeber in die erste Vertragsphase des Partnering-Modells, die sog. Pre-Construction-Phase (Planungsphase), ein. Im Rahmen dieser ersten Vertragsphase findet in einem gemeinschaftlichen Prozess unter Einbindung der Stadt Ulm, der von der Stadt Ulm bereits beauftragten Planungspartner und dem im Rahmen des europaweit durchgeführten „Partnering-Ausschreibungsverfahren“ ausgewählten Partner die weitere Planung bis einschließlich Leistungsphase 4 i.S.d. HOAI-Leistungsphasen mit permanent einhergehender partnerschaftlichen Optimierung des Verkehrsinfrastrukturprojekts „Brücken- und Tunnelbauwerk Wallstraßenbrücke und Blaubeurer Tor“ statt.

Es ist beabsichtigt, dass die Vertragspartner das Projekt gemeinsam planerisch im partnerschaftlichen Dialog unter Berücksichtigung des vom Bieter angebotenen Garantierten Maximalpreises zur Realisierung des Gesamtprojekts fortentwickeln und vertiefen. Hierbei hat auch eine Abstimmung mit den Genehmigungsbehörden zu erfolgen.

Die Gesamtplanung hat sich dabei stets an dem vom Auftragnehmer zugesicherten Maximalpreis zur Realisierung des Gesamtprojekts („Design to cost“) zu orientieren. Darüber hinaus sind die Sicherstellung der Terminalsicherheit sowie die in der funktionalen Leistungsbeschreibung dargestellten Qualitäten ein überragend wichtiges Anliegen des Auftraggebers bei der Realisierung des Projekts.

Die Weiterbeauftragung nach der Pre-Construction-Phase (Planungsphase) ist von der Einhaltung der wirtschaftlichen Parameter (Garantierter Maximalpreis), denen sich der Auftragnehmer in seinem finalen Angebot unterworfen hat, abhängig. Nur wenn sich Auftraggeber und Auftragnehmer über das Ergebnis der Planungsleistungen einschließlich der Kosten der für die bauliche Realisierung zu erbringenden Planungs- und Bauleistung einigen, tritt die zweite Vertragsphase des Partnering-Modells in Kraft. Der Auftragnehmer räumt dem Auftraggeber an der im Rahmen der Stufe 3 erstellten Planung umfassende Nutzungsrechte ein.

Phase 2 – Construction-Phase / Ausführungsphase:

Nach erfolgreichem Abschluss der Stufe 3 tritt der ausgewählte Partner mit dem Auftraggeber in die zweite Vertragsphase des Partnering-Modells, die sog. Construction-Phase (Ausführungsphase), ein, die gesondert abgerufen (beauftragt) wird.

Im Rahmen dieser zweiten Vertragsphase überträgt der Auftraggeber dem Auftragnehmer die bauliche Ausführung. Grundlage hierfür bilden die in der vorherigen Preconstruction-Phase gemeinsam fortgeschriebenen, optimierten und durch den Auftragnehmer validierten Entwurfs- und Genehmigungsplanungen..

Anschließend erbringt der Auftragnehmer unter Einhaltung des zugesicherten wirtschaftlichen Festlegungen (GMP) sämtliche Bauleistungen zur termingerechten und mangelfreien Erstellung der Verkehrsinfrastruktureinrichtungen. Dies gilt auch für nicht im Einzelnen aufgeführte Leistungen, die notwendig sind, um die Verwendbarkeit und Inbetriebnahme des Objekts herbeizuführen.

Die Stadt Ulm verspricht sich von der Realisierung des Brücken- und Tunnelbauwerks „Wallstraßenbrücke und Blaubeurer Tor“ unter anderem Folgendes:

- Einhaltung des Zeit- und Kostenrahmens in allen Projektphasen
- Einbindung des Fachwissens des Bauunternehmens in der Planungsphase
- Konfliktärmere Projektabwicklung
- Optimierung des personellen/finanziellen Ressourceneinsatzes

Die Stadt Ulm hat anhand der vorstehenden Ziele verschiedene Abwicklungsmodelle für sich bewertet. Sie ist zu dem Entschluss gelangt, dass ein Partnering-Verfahren ein für eine Erreichung der Projektzielsetzung geeignetes Beschaffungsmodell darstellt. Die frühe Einbindung von baufachlichem Know-how der Realisierungspartner, die gemeinsame Erarbeitung der Projektinhalte und die Planungsoptimierung sind entscheidende Faktoren für die Vorteilhaftigkeit dieser Beschaffungsvariante. Darüber hinaus sind die frühe Termin- und Kostensicherheit sowie die personelle Entlastung der Bauherren- und der Projektorganisation weitere Vorteile, die für eine Durchführung der Vergabe als Partnering-Verfahren – beispielsweise gegenüber einer Fachslosvergabe – sprechen.

Vor diesem Hintergrund hat die Stadt Ulm uns beauftragt zu prüfen, ob das vorgesehene partnerschaftliche „Zwei-Phasen-Modell“ vergaberechtlich und haushaltsrechtlich zulässig ist.

B.

Zusammenfassung

I. Hintergrund des sog. „Partnering“

Das von der Stadt Ulm vorgesehene „Partnering“ wird unter anderem vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur der Bundesregierung empfohlen, um eine höhere Kosten- und Terminalsicherheit bei Großbauprojekten zu erreichen (vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur der Bundesregierung, Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“, 2015).

Das Partnering-Modell zeichnet sich unter anderem durch eine frühzeitige Einbindung der Ausführungskompetenz des Bauunternehmers in den Planungsprozess, eine gemeinsame Festlegung des Bau-Solls, sowie eine ausgewogene Vertragsgestaltung und Risikominimierung für Bauherr und Bauunternehmer aus. Dementsprechend nutzen immer mehr öffentliche Auftraggeber Ausschreibungen in Form des „Partnering“.

Im Zusammenhang mit der Sanierung von Brücken wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass eine frühzeitige Einbringung des Know-how des ausführenden Unternehmens in den Planungsprozess erhebliche Vorteile in sich birgt („Brückensanierung“, Artikel erschienen im Staatsanzeiger Baden-Württemberg v. 06.08.2021, S. 36).

Die Landesbetrieb Straßenneubau Nordrhein-Westfalen wie auch die Autobahn GmbH des Bundes haben sehr erfolgreich Brückenprojekte auf der Grundlage von Ausschreibungsverfahren mit frühzeitiger Einbindung der ausführenden Unternehmen in die Planungsphase durchgeführt. So hat sich z.B. bei der Realisierung des Brückenersatzneubaus „Autobahn A2 Hammer Straße“, das in Form einer funktionalen Ausschreibung mit einhergehender kombinierter Erbringung von Planungs- und Bauleistungen erfolgte, die Bauzeit vor Ort von ursprünglich 2 Jahren auf 8 Monate mit einhergehenden Kostenreduzierung verkürzen lassen. Das erzielte Ergebnis beruht auf der frühzeitigen Einbindung des Bauunternehmers in die Planungsphase, was letztlich durch das Know-how des ausführenden Unternehmens zu einer veränderten innovativen Projektabwicklung geführt hat.

Auch das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Verkehr und Bau empfiehlt in seiner kürzlich erschienenen Veröffentlichung (Bau intern, Ausgabe 2.2021, S. 22 ff.) die frühzeitige Einbindung der bauausführenden Industrie im Rahmen von Vergabeverfahren. Auf der Grundlage des Beschlusses des Ministerrats vom April 2019 ist die Staatsbauverwaltung des Freistaates Bayern angewiesen worden, vermehrt Planungs- und Bauleistungen kombiniert, d.h. „in eine Hand“ zu vergeben.

In der genannten Veröffentlichung der Bayerischen Staatsregierung werden explizit die rechtliche Zulässigkeit und die unbestreitbare wirtschaftliche und rechtliche Vorteilhaftigkeit der „Kombinierten Ausschreibung von Planungs- und Bauleistungen“ dargelegt. Die Staatsbauverwaltung Bayern hat vor diesem Hintergrund eine Vielzahl von Ausschreibungsverfahren auf den Weg gebracht, die allesamt dem seitens der Stadt Ulm angedachten Modell einer frühzeitigen Einbindung des bauausführenden Unternehmens im Planungsprozess entsprechen. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass der Leitfaden des Bayerischen Staatsministeriums die kombinierte Ausschreibung von Planungs- und Bauleistungen insbesondere für Verkehrsinfrastrukturprojekte vorgibt. Zudem hält das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Verkehr und Bau in seinem Fazit fest:

„Das Vergaberecht sieht Funktionalausschreibungen vor. Bislang wurden diese jedoch nur selten angewandt. Auf Grund der erhöhten Anforderungen an die Kosten- und Terminalsicherheit sowie zur besseren Rechtsverfolgung sollen diese Ausschreibungen zukünftig wegen ihrer unbestreitbaren Vorteile vermehrt genutzt werden“.

II. Vergaberechtliche Beurteilung

Das vergaberechtliche Gebot der Vergabereife lässt sich nach unserer Rechtsauffassung beim Partnering-Modell wahren, weil die Vergabeunterlagen sich inhaltlich hinreichend präzise gestalten lassen. Aus diesem Grund entspricht das vorgesehene Zwei-Phasen-Modell auch den Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung. Mit Blick auf die Planungsleistungen genügt es, dass die gestellte Aufgabe im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung dargestellt wird. Auch in Bezug auf die Bauleistungen können die Leistungen hinreichend eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, da der Partner im Partnering-Modell auf Grundlage der Leistungsphase 2+ HOAI beauftragt wird.

Im Rahmen eines Partnering-Modells wird den Bietern zudem kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Die Besonderheiten dieses Modells können vielmehr durch transparente, angemessene Regelungen abgebildet werden, auf welche die Bieter sich bewusst einlassen.

Darüber hinaus kann die Zuschlagswertung für die anzubietenden Preise vergaberechtskonform gestaltet werden, insbesondere auch bezüglich der Bauleistungen. Der mit Blick auf die Brücken- und Tunnelanlage „Wallstraßenbrücke und Blaubauer Tor“ vorgesehene garantierte Maximalpreis ist eine anerkannte Art des Zielpreises, welcher die Stadt Ulm eine vergaberechtskonforme Wertung des Preislements ermöglicht. Die von der Stadt Ulm bei der Wertung anzustellende Prog-

nose ist unter anderem auch aus dem Grund belastbar, dass der garantierte Maximalpreis einen starken Anreiz für den Auftragnehmer schafft, diesen Preis zu unterschreiten.

Auch die Anforderungen an die vorgesehene gesamthafte Vergabe der Planungs- und Bauleistungen lassen sich unseres Erachtens erfüllen. Die Möglichkeit der gesamthafte Vergabe ergibt sich bereits unmittelbar aus den gesetzlichen Vorschriften und wurde zudem durch die vergaberechtliche Rechtsprechung bestätigt.

Nach unserer Rechtsauffassung bestehen sach- und auftragsbezogene Gründe, die eine gesamthafte Vergabe rechtfertigen. Die Ziele und Zwecke der in Rede stehenden Brücken- und Tunnelanlage lassen sich durch eine losweise Vergabe, die zwischen den Planungsleistungen einerseits und den Bauleistungen andererseits trennt, gerade nicht erreichen. Vielmehr ist es aus Sicht der Stadt Ulm als öffentlichem Aufgabenträger gerade geboten, dass die Bieter eine planerisch-technisch und baulich optimierte Lösung anbieten, die im Rahmen einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit weiterentwickelt und realisiert werden soll. Zudem lässt sich aus vergaberechtlicher Sicht für eine gesamthafte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen als Verfahrensart ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb begründen, sofern die Planungen noch nicht zu weit fortgeschritten sind.

III. Haushaltsrechtliche Beurteilung

Das vorgesehene Partnering-Modell steht im Einklang mit haushaltsrechtlichen Anforderungen für öffentliche Aufgabenträger.

Die erforderliche Etatreife kann erreicht werden. Die haushaltsrechtlich maßgeblichen Vorschriften (z.B. ES-Bau) setzt insoweit die Leistungsphasen 1 HOAI (Grundlagenermittlung) und Teile der Leistungsphase 2 HOAI (Vorplanung) voraus. Diese Anforderungen sind erfüllbar, da die Stadt Ulm beabsichtigt, auf der Grundlage der erarbeiteten Planungen eine funktionale Leistungsbeschreibung auf Grundlage der Leistungsphase 2 zum Gegenstand der Ausschreibung des zweistufigen Vertrags für das Zwei-Phasen-Modell zu machen.

Auch die notwendige Baureife kann sichergestellt werden. Insoweit ist der Eintritt in die Phase 2 (Bauphase) des Partnering-Modells maßgeblich. Der eigentliche Beginn der Baumaßnahme erfolgt daher erst, sobald die Planung aus der Phase 1 (Preconstruction-Phase (Planungsphase)) bereits abgeschlossen ist. Entscheidend für die Sicherstellung der Baureife ist, dass der zweistufige Vertrag so ausgestaltet ist, dass die Stadt Ulm die Möglichkeit hat, bei Verfehlung der Zielvorgaben und damit bei Abweichungen von den Unterlagen der ES-Bau das Vertragsverhältnis nicht fortzusetzen, also den Eintritt in Phase 2 zu vermeiden. Dadurch

ist nach unserer Rechtsauffassung sichergestellt, dass die Stadt Ulm von dem Projekt Abstand nehmen kann, falls sich im Rahmen der Preconstruction-Phase herausstellt, dass die Maßnahme nicht innerhalb des vorgesehenen Kostenrahmens realisiert werden kann.

C.

Rechtliche Würdigung

I. Hintergrund des sog. „Partnering“; Anwendung des Partnering durch öffentliche Auftraggeber in der Praxis

Das sog. „Partnering“ bei Großbauprojekten wird als Lösung angesehen, um die häufigen Überschreitungen des Termin- und Kostenrahmens bei Großbauprojekten zu reduzieren.

So hat das Bundesbauministerium festgestellt, dass zwischen 2000 und 2015 von 300 untersuchten Hochbauprojekten 40 Prozent den Kostenrahmen überschritten und 35 Prozent den Terminrahmen (https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Bundesbauten/bauausschuss_bericht_bundesbauprojekte.pdf). Zudem hat beispielsweise die Hertie School of Governance für 170 deutsche Großprojekte eine durchschnittliche Kostensteigerung von 73 Prozent errechnet (Hertie School of Governance, Studie: Großprojekte in Deutschland – zwischen Ambition und Realität, Fact Sheet 1).

Als eine der Ursachen für diese Probleme gilt, dass die Abwicklung einer Baumaßnahme zwischen dem Auftraggeber und den einzelnen Baubeteiligten zu erheblichen Konflikten führt, da die in Deutschland herrschende Vertragskultur zu stark konfrontativen Verhaltensweisen führt. Zudem fehlt das Verständnis für die unterschiedliche Interessenlage der weiteren Projektbeteiligten. Darüber hinaus erschwert häufig eine unzureichende Kommunikation die erfolgreiche Projektabwicklung (Endbericht der Reformkommission Bau von Großprojekten, 2015, S. 54).

Als Reaktion auf diese seit langem bekannten Probleme hat die Bundesregierung im Aktionsplan Großprojekte im Dezember 2015 festgestellt, dass zwischen allen Vertragsparteien eine Kooperationskultur herrschen solle. So sollen sich alle Vertragspartner als gleichwertige Projektpartner behandeln und auf demselben Informationsstand sein. Darüber hinaus hat sich beispielsweise das Bundesbauministerium im April 2016 dazu verpflichtet, Erfahrungen mit partnerschaftlich organisierten Vertragsmodellen zu sammeln.

Ein partnerschaftliches Vorgehen zeichnet sich im Wesentlichen durch folgende Grundgedanken aus, die mit den „klassischen“ Vergabemodellen nicht bzw. nur äußerst eingeschränkt erreicht werden können.

- Frühzeitige Einbindung der Ausführungskompetenz des Bauunternehmers in den Planungsprozess;
- Gemeinsame Festlegung des Bau-Solls, Herbeiführung einer identischen Bau-Soll-Auslegung zwischen Bauherr und Bauunternehmer vor Vertragsabschluss;
- Ausgewogene Vertragsgestaltung und Risikominimierung für Bauherr und Bauunternehmer;
- Transparente Zusammensetzung der pauschalierten Vergütung;
- Prinzip der gläsernen Taschen;
- Gemeinsame Festlegung der Projektablaufstrukturen (Projekthandbuch) und gemeinsames Projektcontrolling;
- Lösungsorientierter Umgang mit Konflikten, insbesondere Vereinbarung außergerichtlicher Konfliktlösungsmodelle.

Konkret gestaltet wird das „Partnering“ zumeist als „Zwei-Phasen-Modell“, so wie es die Stadt Ulm auch in Bezug auf ihre Brücken-/Tunnelbauwerke vorsieht. Das Zwei-Phasen-Modell ist auf S. 5 und 6 dieses Gutachtens näher beschrieben.

Eine partnerschaftliche Zusammenarbeit wird von mehreren Stellen empfohlen, u.a.:

- vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur der Bundesregierung (Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“, Juni 2015);
- vom Verein Deutscher Ingenieure e.V. (Partnerschaft am Bau, 2010).
- Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Verkehr und Bau (Bau intern 2.2021)

Dass partnerschaftliche Vergabemodelle mit dem Haushaltsrecht und dem Vergaberecht vereinbar ist, wurde in den letzten Jahren in mehreren Berichten festgestellt, die von Bundesbehörden bzw. dem Hauptverband der deutschen Bauindustrie in Auftrag gegeben wurden:

- Endbericht „Alternative Vertragsmodelle zum Einheitspreisvertrag für die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand“, für das Bundesinstitut für Bau, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR);
- „Einbindung des Baus in die Planung“, Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., 2018.

Dementsprechend werden Partnering-Verfahren im „Zwei-Phasen-Modell“ in der Praxis immer häufiger genutzt, um die oben skizzierten Vorteile zu erreichen.

II. Haushaltsrechtliche Beurteilung

Das vorgesehene zwei-Phasen-Modell steht im Einklang mit haushaltsrechtlichen Anforderungen. Die erforderliche Etatreife sowie die Baureife können in diesem Modell hergestellt werden.

1. Etatreife, § 24 LHO BW

Die sog. „Etatreife“ setzt grundsätzlich Folgendes voraus.

„Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen dürfen erst veranschlagt werden, wenn Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind. Den Unterlagen ist eine Schätzung der nach Fertigstellung der Maßnahme entstehenden jährlichen Haushaltsbelastungen beizufügen.“

[§ 24 Abs. 1 S. 1 LHO BW]

In der wortgleichen Regelung der Bundeshaushaltsordnung (BHO) werden diese Anforderungen durch die Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) ergänzt. Dort heißt es auszugsweise:

„Nachdem die ES-Bau baufachlich genehmigt und haushaltsmäßig anerkannt ist, bittet der Maßnahmenträger die OTI um Veranlassung der Planung und Ausführung der Baumaßnahme.“

[Ziff. 1.2 VV-BHO zu § 24 i.V.m. Abschnitt E 3.1 RBBau]

Im Allgemeinen setzt die Etatreife somit zusammengefasst voraus, dass die erforderlichen Haushaltsunterlagen zur Beurteilung der Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit des Vorhabens beigebracht sind (Wernsmann in: Gröpl, Bundshaushaltsordnung / Landshaushaltsordnungen: BHO/LHO, 2. Auflage 2019, § 24 BHO Rn. 2). Durch die Verpflichtung zur Erbringung dieser Unterlagen sollen Fehlinvestitionen und Mehrausgaben verhindert werden (von Lewinski, Burbat in: Bundshaushaltsordnung, 1. Auflage 2013 § 24 BHO Rn. 2).

Darüber hinaus enthalten die RBBau weitere Konkretisierungen. So ist zunächst eine Bedarfsplanung des Maßnahmenträgers aufzustellen und zu untersuchen, auf welche Art und Weise der festgestellte Bedarf unter Beachtung der Wirtschaftlichkeit nach § 7 BHO gedeckt werden kann (RBBau E 1.5, S. 31.). Diese Variantenuntersuchung beinhaltet eine Kostenermittlung, etwa in Form der Feststellung eines Kostenrahmens nach DIN 276 für jede in Betracht kommende Variante. Auf dieser Grundlage wird die Entscheidungsunterlage-Bau (ES-Bau) erstellt, welche die Haushaltsunterlage für die Herstellung der Etatreife ist.

Ausweislich den Vorgaben der RBBau gehören zu den Unterlagen der ES-Bau unter anderem Unterlagen zur Bedarfsplanung, Variantenuntersuchung sowie eine Kostenermittlung, für die nach Abschnitt E 1.4.3 RBBau in der Regel eine Kostenschätzung nach DIN 276-1 anhand von Kostenkennwerten ausreichend ist (Abschnitt F 1 RBBau).

Die ES-Bau umfasst die Leistungsphasen 1 HOAI (Grundlagenermittlung) und Teile der Leistungsphase 2 HOAI (Vorplanung).

Da die Stadt Ulm die - durch die beauftragten Planungsbüros - erarbeiteten Planungen zusammen mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung (Stand der Leistungsphase 2+ HOAI) zum Gegenstand der Ausschreibung des zweistufigen Vertrags für das Zwei-Phasen-Modell macht, kann sie u.E. die erforderliche Etatreife nach § 24 LHO BW somit vor Einleitung der Ausschreibung herstellen (vgl. hierzu Püstow/Göhlert/Meiners – „Einbindung des Baus in die Planung“, Gutachten zur Vereinbarkeit mit Haushalts- und Vergaberecht für den Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., 2018, S. 18). Zu diesem Zeitpunkt sind die von der ES-Bau aufgestellten haushaltsrechtlichen Anforderungen bereits erfüllt.

Es liegt zu diesem Zeitpunkt daher bereits eine hinreichend konkrete Budgetplanung vor, die die Obergrenze der einsetzbaren Finanzmittel festlegt. Basis

für die Beauftragung sind die in der ES-Bau antizipierten Kosten der Maßnahme (Breyer/Boldt/Haghsheno, Endbericht Alternative Vertragsmodelle zum Einheitspreisvertrag für die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand, für das Bundesinstitut für Bau, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR), S. 260).

2. Baureife, § 54 LHO BW

Neben der „Etatreife“ ist auch die sog. „Baureife“ gegeben. Diese setzt grundsätzlich Folgendes voraus.

„Baumaßnahmen dürfen nur begonnen werden, wenn ausführliche Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen vorliegen, es sei denn, dass es sich um kleine Maßnahmen handelt.“

§ 54 Abs. 1 S. 1 LHO BW

Übertragen auf das vorgesehene Zwei-Phasen-Modell beziehen sich die in der Vorschrift erwähnten Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen auf das gemeinsam definierte Bau-Soll auf Grundlage der Genehmigungsplanung sowie den vom Partner angebotenen Preis (Püstow/Göhlert/Meiners, a.a.O., S. 19).

Auch die Baureife kann im Rahmen des Zwei-Phasen-Modells hergestellt werden.

Als Beginn der Baumaßnahme ist grundsätzlich nicht die tatsächliche Aufnahme der Bauarbeiten, sondern der Zeitpunkt des Abschlusses des ersten Bauvertrages anzusehen (Wernsmann in: Gröpl, Bundeshaushaltsordnung / Landeshaushaltsordnungen: BHO/LHO, 2. Auflage 2019, § 54 BHO Rn. 3).

Übertragen auf das Zwei-Phasen-Modell ist für den Beginn der Baumaßnahme jedoch nicht bereits auf den Abschluss des zweistufigen Vertrags mit Zuschlagserteilung abzustellen. Vielmehr ist der Zeitpunkt des Eintritts in die Phase 2 maßgeblich. Der eigentliche Beginn der Baumaßnahme erfolgt daher erst, sobald die Planung aus der Planungsphase bereits abgeschlossen ist, womit die Anforderungen an die Baureife gewahrt sind (Breyer/Boldt/Haghsheno, a.a.O., S. 261).

Entscheidend hierfür ist, dass der zweistufige Vertrag so ausgestaltet ist, dass der Auftraggeber die Möglichkeit und haushaltsrechtlich ggf. verpflichtet ist, bei Verfehlung der Zielvorgaben und damit bei Abweichungen von den

Unterlagen der ES-Bau das Vertragsverhältnis nicht fortzusetzen, also den Eintritt in Phase 2 zu vermeiden (Püstow/Göhlert/Meiners, a.a.O., S. 19).

Hierdurch wird sichergestellt, dass das für sämtliche Baumaßnahmen geltende Ziel gewahrt werden kann, dass die ursprünglich veranschlagten Kosten der ES-Bau nicht überschritten werden. Da die Auswahl des Auftragnehmers zu einem sehr frühen Zeitpunkt erfolgt, muss dieser durch Abgabe des Angebots bestätigen, dass die budgetierten Kosten auf Basis der vorliegenden Bedarfsplanung eingehalten oder sogar unterschritten werden. Somit ist die eigentliche Baumaßnahme in Form eines Optionsrechtes ausgestaltet und bedarf noch eines konkreten Abrufes. Daher erfolgt der eigentliche Beginn der Baumaßnahme somit erst zu einem Zeitpunkt, zu welchem die Planung aus der Planungsphase bereits abgeschlossen ist (Breyer/Boldt/Hagsheno, a.a.O., S. 261).

Durch diese Gestaltung, die auch in Bezug auf den Brücken- und Tunnelbau „Wallstraßenbrücke und Bleubeurer Tor“ vorgesehen ist, ist sichergestellt, dass die Stadt Ulm von dem Projekt Abstand nehmen kann, falls sich herausstellt, dass die Maßnahme nicht innerhalb des vorgesehenen Kostenrahmens realisiert werden kann. Dadurch werden die haushaltsrechtlichen Anforderungen an die Baureife gewahrt.

III. Vergaberechtliche Beurteilung

1. Zu beachtende Vergabebestimmungen

Die Stadt Ulm ist als öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen für Brücken- und Tunnelbauwerke „Wallenstraßenbrücke und Blaubeurer Tor“ die Bestimmungen für europaweite Vergabeverfahren zu beachten. Eine solche Verpflichtung zur Beachtung des EU-Vergaberechts besteht dann, wenn der geschätzte Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert nach § 106 GWB überschreitet. Dieser beträgt seit dem 1.1.2022 für Bauvergaben 5,382 Mio. Euro netto und bei Liefer- und Dienstleistungsvergaben 215.000 Euro netto. Im vorliegenden Fall liegt der geschätzte Auftragswert oberhalb dieser Schwellenwerte.

Somit ist die Stadt Ulm zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens verpflichtet, welches sich bei einer gesamthaften Vergabe von Planungs- und Bauleistungen nach den Bestimmungen der VOB/A, Abschnitt 2 (VOB/A-EU) richtet.

2. Vergabereife

Das sog. „*Gebot der Vergabereife*“ kann bei dem beabsichtigten Partnering-Verfahren gewahrt werden.

Dieser vergaberechtliche Grundsatz erfordert, dass der öffentliche Auftraggeber Leistungen erst dann ausschreibt, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung der Leistungen begonnen werden kann (§ 2 EU Abs. 8 VOB/A). Dieses Gebot soll den Bietermarkt vor vergeblichen Aufwendungen schützen sowie die Haushaltsklarheit sicherstellen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.11.2013 – VII-Verg 20/13; VK Bund, Beschl. v. 25.11.2014 – VK 2-93/14).

Konkret setzt die Vergabereife Folgendes voraus.

a) Fertigstellung der Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen können in dem vorliegend beabsichtigten Partneringmodell („Zwei-Phasen-Modell“) so gestaltet werden, dass sie zu Beginn des Verfahrens einen Reifegrad aufweisen, der den Anforderungen an die Vergabereife genügt.

Die Vergabeunterlagen umfassen grundsätzlich alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber oder Bieter eine Entscheidung über die Teilnahme an dem Vergabeverfahren zu ermöglichen (vgl. die Legaldefinition in § 29 Abs. 1 VgV). Erfasst sind somit alle kalkulationsrelevanten Informationen und solche Unterlagen, die später Gegenstand des Bauvertrages werden (Völlink in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, VOB/A-EU § 2 EU Rn. 14).

Bei dem Zwei-Phasen-Modell wird die Leistung auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung vergeben. Bei solch einer funktionalen Ausschreibung gelten die Anforderungen an die Fertigstellung der Vergabeunterlagen in abgeschwächter Form, da es gerade das Wesen der funktionalen Leistungsbeschreibung ist, dass die Leistungsinhalte im Verlauf des Vergabeverfahrens konkretisiert werden sollen (von dem Knesebeck in: BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, 17. Edition, Stand: 31.01.2020, VOB/A § 7c EU, Rn. 11).

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung muss bei der funktionalen Ausschreibung die eigene Planung des Auftraggebers vor der Ausschreibung zumindest insoweit feststehen, als dass das Leistungsziel,

die Rahmenbedingungen, die Leistungserbringung und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in einer Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht mehr zu rechnen ist (OLG Naumburg, Beschl. v. 16.09.2002 – 1 Verg 2/02.). Somit ist bei einer funktionalen Ausschreibung, der Beschaffungsbedarf zu Beginn des Verfahrens mit der größtmöglichen Bestimmtheit zum Ausdruck zu bringen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.06.2013 – VII-Verg 7/13). Der Auftraggeber muss erkennen lassen, welche Anforderungen er an die verbindlich zu erreichenden Ziele stellt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.08.2019 - Verg 56/18).

Fertigstellung im Sinne des Gebots der Vergabereife bedeutet, dass alle Vergabeunterlagen inhaltlich abschließend und vollständig vorbereitet sind, dem Qualitätsmaßstab einer Ausschreibung nach § 7 EU VOB/A entsprechen und den Bietern überreicht werden können (OLG Naumburg, Beschl. v. 16.09.2002 – 1 Verg 2/02).

Diese Anforderungen sind unseres Erachtens für die für das Vergabeverfahren zu erstellenden Vergabeunterlagen allesamt erfüllbar. Die zu erstellenden und bei Einleitung des Vergabeverfahrens zur Verfügung stehenden Vergabeunterlagen können die zu vergebenden Leistungen bzw. die in dem Zwei-Phasen-Modell gemeinsam zu entwickelnden Lösungen transparent und mit einem Reifegrad, der bei Einleitung des Vergabeverfahrens auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung möglich ist, abbilden.

b) Ausführungsbeginn innerhalb der angegebenen Fristen

Das Gebot der Vergabereife erfordert zudem, dass mit der Ausführung der Leistungen innerhalb der angegebenen Fristen begonnen werden kann. Die „angegebenen Fristen“ sind die Fristen, welche in der Auftragsbekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen aufgeführt sind und innerhalb welcher der Zuschlagsempfänger das konkret ausgeschriebene Gewerk umzusetzen hat (Wagner-Cardenal/Scharf/Dierkes „Ausschreibung „ohne“ öffentlich-rechtliche Zulassung“ in: NZBau 2012, 74 (75)).

Dies setzt voraus, dass alle rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen an den Beginn der Leistungsausführung erfüllt sind (OLG Düsseldorf Beschl. v. 27.11.2013 – VII-Verg 20/13; VK Bund Beschl. v. 12.03.2019 – VK 1-7/19).

Diese Anforderungen halten wir bei dem hier vorgesehenen Zwei-Phasen-Modell ebenfalls für erfüllbar.

aa) **Rechtliche Voraussetzungen**

Zu den rechtlichen Voraussetzungen gehören unter anderem das Vorliegen der **erforderlichen** behördlichen Genehmigungen, die notwendigen Rechte an dem zu bebauenden Grundstück sowie etwaige weitere zivilrechtliche Rechtspositionen (Braun/Markpert in: von Wietersheim: VERIS VOB/A-Online-Kommentar, Datenbank VERIS, Zugriff am 18.01.2022, § 2 EU VOB/A Rn. 83).

Allerdings setzt die Vorschrift keineswegs voraus, dass sämtliche Voraussetzungen für das Gesamtprojekt schon bei der Einleitung des Vergabeverfahrens vorliegen müssen (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2016 – 15 Verg 5/16). Vielmehr steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, ob die Vergabereife besteht.

Maßgebliche Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber anhand von Planungen, deren Tiefe mit der Komplexität des Auftragsgegenstandes korrespondiert, bei Einleitung des Vergabeverfahrens berechtigterweise davon ausgehen darf, dass sämtliche Bedingungen rechtzeitig erfüllt werden können (Knauff/Meurers in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, § 2 EU VOB/A Rn. 84).

Diese Voraussetzungen sind nach unserem Kenntnisstand in Bezug auf das Brücken- und Tunnelprojekt der Stadt Ulm gestaltbar. Insoweit werden keine überzogenen Anforderungen gestellt.

Zudem werden die Bieter ausreichend vor vergeblichen Aufwendungen geschützt. Dies erfolgt mit Blick auf die Phase 1 (Pre-Construction-Phase) dadurch, dass die Bieter eine angemessene Vergütung für ihre Planungsleistungen erhalten, unabhängig von einer Beauftragung für die Phase 2 (Construction-Phase; vgl. Püstow, Meiners „Partnerschaftliche Bauprojekte – vergaberechtliche Wege in: Vergaberecht 2020, Heft 2a, S. 281-299 (295)). Im Hinblick auf Phase 2 ist der Auftragnehmer durch seine Einbindung in die Planungsphase zudem stets über den aktuellen Stand bezüglich der erforderlichen Genehmigungen, womit dem Schutzzweck der Vergabereife genügt wird.

bb) Tatsächliche Voraussetzungen

In tatsächlicher Hinsicht setzt das Gebot der Vergabereife beispielsweise die Bereitstellung und Freimachung des Grundstücks durch den Auftraggeber voraus (soweit dies vertraglich so vorgesehen ist), sowie sonstige, für den Arbeitsbeginn notwendige Vorleistungen und Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (Braun/Markpert in: von Wietersheim: VERIS VOB/A-Online-Kommentar, Datenbank VERIS, Zugriff am 18. Januar 2022, § 2 EU VOB/A Rn. 84).

Zu den tatsächlichen Anforderungen der Vergabereife zählt insbesondere auch, dass die Finanzierung gesichert ist (BGH, Urte. v. 14.10.2009 – Verg 9/09.). Dies ist nur dann der Fall, wenn die erforderlichen Mittel tatsächlich zugewiesen sind, bzw. die nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen erforderliche Verpflichtungsermächtigung (vgl. etwa § 38 Abs. 1 BHO) erteilt ist (OLG Schleswig Urte. v. 11.12.1995 – 9 U 132/93; OLG Frankfurt a. M. Urte. v. 20.02.1997 – 1 U 105/95.).

Auch diese tatsächlichen Anforderungen sind bezüglich des in Rede stehenden Brücken- und Tunnelprojekts nach unserem Kenntnisstand gestaltbar.

3. Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung

Das vorgesehene Partnering-Modell in Form des „Zwei-Phasen-Modells“ kann zudem die Anforderungen an das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung wahren.

Dieses Gebot sieht vor, dass die Leistung eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden muss, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorgaben berechnen können (§ 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A).

Diese Anforderung ist sowohl in Bezug auf die Planungsleistungen als auch hinsichtlich der Bauleistungen erfüllbar.

a) Grundsätzliche Anforderungen

Eindeutig ist eine Leistungsbeschreibung, wenn einem fachkundigen Bieter ohne intensive Auslegungsbemühungen klar sein muss, welche Leistungen der Auftraggeber zu welcher Zeit, für welche Zeiträume, in

welcher Menge und welcher Qualität vom Auftragnehmer erbracht haben will (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.09.2004 – 1 Verg 6/04; OLG Koblenz, Beschl. v. 26.10.2005 – 1 Verg 4/05; OLG München, Beschl. v. 20.3.2014 – Verg 17/13). Auf die Leistungsbeschreibung finden die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB Anwendung. Maßgeblich ist somit der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter. Für die Feststellung der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung kommt es mithin darauf an, wie der maßgebliche Empfängerkreis die Beschreibung der Leistungen verstehen musste (Pauka in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, § 121 GWB Rn. 14).

Der Auftragsgegenstand ist erschöpfend beschrieben, wenn für die Darstellung der Leistungen keine Restbereiche verbleiben, die seitens der Vergabestelle wenigstens nicht schon klar umrissen sind (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.2011 – VII Verg 46/11; OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.01.2013 – Verg W 8/12; OLG München, Beschl. v. 20.03.2014 – Verg 17/13). Hieraus folgt, dass der Auftragsgegenstand durch die Leistungsbeschreibung nicht abschließend beschrieben werden muss.

b) Übertragung auf die hier auszuschreibenden Planungsleistungen

Die für das Brücken- und Tunnelprojekt „Wallstraßenbrücke und Bleubeurer Tor“ auszuschreibenden Planungsleistungen werden auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung (§ 7c EU Abs. 1 VOB/A) vergeben. Bezüglich der Anforderungen an eine eindeutige Beschreibung genügt es, dass die gestellte Aufgabe beschreibbar ist. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Auftraggeber die konkrete Lösung der Aufgabe mit allen dazu führenden Lösungsschritten beschreibt (Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 31 VgV Rn. 15).

Die Voraussetzungen einer erschöpfenden Beschreibung der Leistung sind vielmehr erfüllt, wenn die Leistungsbeschreibung alle objektiv zur Konkretisierung der Leistung zur Verfügung stehenden Elemente vollständig umfasst (VK Bund, Beschl. v. 07.04.2004 – 1 VK 1-15/04).

In Bezug auf den Neubau der Brücken- und Tunnelanlage „Wallstraßenbrücke und Blaubeurer Tor“) muss somit eine funktionale Leistungsbeschreibung erstellt werden, welche die Anforderungen der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung erfüllt.

c) Übertragung auf die Bauleistungen

Auch in Bezug auf die Bauleistungen müssen die Anforderungen an eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung in Gestalt der hier vorgesehenen funktionalen Leistungsbeschreibung (§ 7c EU Abs. 1 VOB/A) gewahrt werden.

Eine funktionale Ausschreibung setzt nach § 7c EU Abs. 2 Nr.1 VOB/A voraus, dass das Leistungsprogramm

„eine Beschreibung der Bauaufgabe umfasst, aus der die Bewerber alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können“.

Dies setzt in dem vorgesehenen Zwei-Phasen-Modell voraus, dass die eigene Planung des Auftraggebers vor der Ausschreibung jedenfalls soweit feststeht, als das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen, die Leistungserbringung und die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in einer Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht mehr zu rechnen ist (OLG Naumburg, Beschl. v. 16.09.2002 – 1 Verg 2/02).

Da im Zwei-Phasen-Modell der Partner auf der Grundlage der Leistungsphase 2+ HOAI beauftragt wird, ist die Planung hier zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens so weit fortgeschritten, dass diese Anforderungen erfüllbar sind (Püstow, Meiners „Partnerschaftliche Bauprojekte – vergaberechtliche Wege in: Vergaberecht 2020, Heft 2a, S. 281-299 (295)).

4. Kein ungewöhnliches Wagnis

Im Rahmen eines Zwei-Phasen-Modells wird den Bietern zudem kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet.

Dem jeweiligen Bieter bzw. dem späteren Auftragnehmer darf vom öffentlichen Auftraggeber kein ungewöhnliches Wagnis übertragen werden, welches der üblichen Risikoverteilung widerspricht (§ 7 EU VOB/A Abs. 1 Nr. 3). Derartige Risiken sind insbesondere solche, die nicht vom Auftragnehmer beherrscht werden können und daher in die Risikosphäre des Auftraggebers fallen (Kemper in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, § 7 EU VOB/A Rn. 14).

Solche Wagnisse können sowohl im rechtlichen wie auch im tatsächlichen Sinne existieren (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.09.2008, VII-Verg 50/08) Mit

dem Verbot soll verhindert werden, dass öffentliche Auftraggeber als Nachfrager die Vertragsbedingungen diktieren und den Bieterinteressenten unternehmerische Risiken jedweder Art im Sinne eines „Diktats“ aufbürden (VK Niedersachsen, Beschl. v. 03.09.2012, VgK 29/2012).

Im Hinblick auf das Zwei-Phasen-Modell könnte der Umstand, dass die Bieter in einem sehr frühen Stadium einen garantierten Maximalpreis für die Bauleistungen anbieten müssen, ein denkbarer Anknüpfungspunkt für ein ungewöhnliches Wagnis sein.

Aus mehreren Gründen liegt bei dem hier vorgesehenen Zwei-Phasen-Modell jedoch kein ungewöhnliches Wagnis für den Auftragnehmer vor. Die Stadt Ulm diktiert dem Auftragnehmer keine Bedingungen, sie arbeitet vielmehr partnerschaftlich mit dem Auftragnehmer zusammen. Auf die Besonderheiten des Zwei-Phasen-Modell lässt der Auftragnehmer sich zudem bewusst ein.

a) Natur des Partnering-Modells („Zwei-Phasen-Modells“)

Eine Projektumsetzung im Wege eines Zwei-Phasen-Modells begründet kein ungewöhnliches Wagnis, weil die zu erbringenden Bauleistungen bei einer partnerschaftlichen gemeinsamen Entwicklung des Projekts bei Zuschlagserteilung noch nicht konkret feststehen.

Wenn man in dieser Besonderheit ein ungewöhnliches Wagnis sehen würde, wären derartige Vergabemodelle per se unzulässig. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Zudem wird die partnerschaftliche Zusammenarbeit beispielsweise im Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur als eine Lösung für die bessere Abwicklung von Bauprojekten der öffentlichen Hand angeführt.

In dem Endbericht heißt es wörtlich:

„Partnerschaftliche Vergabe- und Vertragsmodelle. Nach einem vor allem bei internationalen Großprojekten genutzten Modell wird der Bauunternehmer bereits vor deren Abschluss in die Planung eingebunden. Dies kann in der Form geschehen, dass dem Bauunternehmer nicht nur die Verantwortung für die Ausführungsplanung, sondern auch schon für die Entwurfsplanung auf der Basis funktionaler Ziele übertragen wird (...).

Partnerschaftliche Modelle werden in Deutschland von öffentlichen Auftraggebern derzeit nicht genutzt. Sie sind jedoch etablierte Modelle der Privatwirtschaft. In anderen EU-Mitgliedstaaten wird das Modell auch von öffentlichen Auftraggebern erfolgreich genutzt. Kooperative Vergabe und Vertragsmodelle sollten daher auch in Deutschland genutzt werden.“

[Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, Juni 2015, S. 56.]

Auch die Einführung der Verfahrensart der Innovationspartnerschaft mit der jüngsten Vergaberechtlinie lässt sich als Argument gegen die Aufbündung eines ungewöhnlichen Wagnisses anführen (§ 3a EU Abs. 4 VOB/A). Der Innovationspartnerschaft wohnt es ebenfalls inne, dass die zu erbringende Leistung erst nach Zuschlagserteilung durch den Auftragnehmer entwickelt wird. Im Vergabeverfahren kann der Umfang der zu erbringenden Leistung dementsprechend ebenfalls noch nicht genau abgesehen werden. Die Bieter bieten bei dieser Verfahrensart ebenfalls im Vergabeverfahren einen Zielpreis an, obschon sie den genauen Leistungsumfang zu diesem Zeitpunkt noch nicht kennen (Püstow, Meiners „Partnerschaftliche Bauprojekte – vergaberechtliche Wege in: Vergaberecht 2020, Heft 2a, S. 281-299 (288)). Dies wird vom europäischen Richtliniengeber sowie vom deutschen Gesetzgeber für vergaberechtlich zulässig erachtet (vgl. auch insoweit den Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, Juni 2015, S. 56.).

b) Die Bieter lassen sich bewusst auf die Vergabe- und Vertragsbedingungen ein

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Literatur wird zudem weit überwiegend vertreten, dass ein ungewöhnliches Wagnis bereits dann nicht vorliegt, wenn der Auftragnehmer sich bewusst auf die Vergabe- bzw. Vertragsbedingungen einlässt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011, VII-Verg 54/11; OLG Naumburg, Beschl. v. 15.12.2005, 1 U 15/05; Kulartz / Marx / Portz / Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 7 VOB/A EU Rn. 7; Trutzel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, Rn. § 31 Rn. 30; Kemper in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2019, § 7 EU VOB/A Rn. 15).

Fehlt es an einer verdeckten Übertragung des Wagnisses, da der Bieter sich bewusst hierauf einlässt, ist der Anwendungsbereich dieser Schutznorm bereits nicht eröffnet. Denn dann hat der Bieter die Möglichkeit, die jeweilige Vergabe- oder Vertragsbedingung in seiner Preiskalkulation abzubilden (OLG Karlsruhe; Beschl. v. 24.01.2008, VK 3 – 151/07).

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung gibt es zudem keinen Rechtsgrundsatz, dass der Bieter bzw. der spätere Auftragnehmer keine riskanten Leistungen übernehmen darf. Maßgeblich für die vergaberechtliche Zulässigkeit ist, dass die Leistungen im Vergabeverfahren transparent beschrieben werden, sodass der Bieter bzw. der spätere Auftragnehmer etwaige Risiken erkennen kann (KG, Beschl. v. 14. 02. 2006 – 21 U 5/03; OLG Koblenz, Beschl. v. 17. 04. 2002 – 1 U 829/99).

So liegt es hier: Die Gestaltung des Zwei-Phasen-Modells kann in den Vergabeunterlagen transparent erläutert werden. Die Bieter bzw. der spätere Auftragnehmer sind sich somit der Besonderheiten dieses Modells bewusst. Bereits auf diesem Grund besteht kein Raum für die Annahme eines „ungewöhnlichen Wagnisses“.

5. Gestaltung der Zuschlagswertung mit Blick auf die Angebotspreise

Bei dem Zwei-Phasen-Modell kann zudem mit Blick auf die Angebotspreise eine Zuschlagswertungsmethodik verwendet werden, welche die Anforderungen des § 127 GWB erfüllt. Dies gilt sowohl für das anzubietende Planerhonorar, als auch für die anzubietenden Baukosten.

Die Zuschlagskriterien müssen grundsätzlich so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen (§ 127 Abs. 4 S. 1 GWB).

Bezüglich des anzubietenden Honorars für die Planungsleistungen ergeben sich keine wesentlichen Abweichungen zu anderen Vergabemodellen (Breyer/Boldt/Haghsheno, a.a.O., S. 255).

Mit Blick auf die Bewertung des Preises für die Bauleistungen besteht aufgrund des frühen Planungsstadiums demgegenüber eine Besonderheit darin, dass seitens der Bieter noch keine definitiven Angaben über die tatsächlichen

Baukosten möglich sind, da das Bausoll erst in der Planungsphase konkretisiert wird.

Es ist jedoch anerkannt, dass die Preiswertung durch den öffentlichen Auftraggeber anhand einer Prognoseentscheidung erfolgen darf. Die Angebotswertung basiert grundsätzlich auf Prognoseentscheidungen (VK Bund, Beschl. v. 29.03.2012 – VK 2 – 175/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.01.2005 – VII Verg 58/04).

Erforderlich ist, dass der Auftraggeber auf Grundlage des angebotenen Preises eine belastbare Prognose über die Wirtschaftlichkeit des Angebotes treffen kann. Insoweit muss der Auftraggeber erwarten dürfen, dass die abgerechneten Preise für die Bauleistungen sich an den angebotenen Kostenzielen orientieren.

Zielpreise sind als alternative Vergütungsmodelle für Bauleistungen anerkannt (Püstow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht 4. Auflage 2020, § 4 EU VOB/A Rn. 25; Schraner in: Ingenstau; Korbion; Leupertz; von Wietersheim, VOB Teile A und B, 21. Auflage 2020, § 4 VOB/A Rn. 36 bis 38).

Dies ist beispielsweise auch ausdrücklich im Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur festgehalten (Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, Juni 2015, S. 60).

Auch insoweit kann zudem wiederum die Einführung der Innovationspartnerschaft als neue Verfahrensart vergleichend herangezogen werden. Auch in dieser Verfahrensart steht im Zeitpunkt der Angebotsabgabe der genaue Leistungsumfang noch nicht fest, weshalb die Bieter lediglich Zielpreise anbieten können. Dies ist als vergaberechtlich zulässig anerkannt.

Der in dem Zwei-Phasen-Modell mit Blick auf den das Brücken- und Tunnelbauwerk „Wallstraßenbrücke und Blaubeurer Tor“ vorgesehene garantierte Maximalpreis ist eine anerkannte Art des Zielpreises welche dem Auftraggeber eine vergaberechtskonforme Wertung des Preiselements ermöglicht. Die vom Auftraggeber bei der Wertung anzustellende Prognose ist unter anderem auch aus dem Grund belastbar, dass der garantierte Maximalpreis einen starken Anreiz für den Auftragnehmer schafft, diesen Preis zu unterschreiten (Püstow, Meiners „Partnerschaftliche Bauprojekte – vergaberechtliche Wege in: Vergaberecht 2020, Heft 2a, S. 281-299 (288)). Dies kann durch eine entsprechende Gestaltung der Vertragsunterlagen sichergestellt werden. So

kann mit dem vorgesehenen Garantierten Maximalpreis vertraglich geregelt werden, dass der Auftragnehmer Überschreitungen des Zielpreises vollständig trägt (Püstow/Göhlert/Meiners, a.a.O., S. 25).

Darüber hinaus sind weitere Instrumente vorhanden, um sicherzustellen, dass die angebotenen Preise belastbar sind. So können etwa ein Konzept zur Plausibilität der Preisherleitung und ein Risikokzept gefordert und im Rahmen der Zuschlagswertung gewertet werden.

Die Bieter können in diesem Konzept aufgefordert werden, die eingereichte Kalkulation zu erläutern und Risiken der Projektabwicklung in einem separaten Formblatt einzureichen und zu bewerten. Ziel dieses Vorgehens ist es, eine hinreichend genaue und zugleich auskömmliche Kalkulation zu erhalten, mit einer transparenten Darstellung der Risikopositionen (Risikokataster). Das Risikokataster bildet die Basis für ein fortlaufendes Risikomanagement.

6. Gesamthafte Vergabe der Planungs- und Bauleistungen anstelle einer Losvergabe zur Realisierung des Brücken- und Tunnelbauvorhabens

Dass vorgesehene Zwei-Phasen-Modell führt dazu, dass die Planungsleistungen sowie (optional) bereits auch die Bauleistungen gesamthaft vergeben werden, womit vom Grundsatz der Losaufteilung abgewichen wird.

Dies ist vergaberechtlich zulässig.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit der gesamthaften Vergabe

Die Vergabe von Leistungen der Planung und des Baus ist grundsätzlich im Rahmen eines einheitlichen Vergabeverfahrens zulässig. Dies ergibt sich für den Bereich europaweiter Vergaben bereits aus der Definition des Bauauftrags in § 103 Abs. 3 GWB. Demnach sind auch Aufträge über die *gleichzeitige Planung und Ausführung* eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber als Bauaufträge zu qualifizieren. Eine zwingende getrennte Vergabe widerspricht bereits dieser Definition.

Ähnliches regelt für den Bereich des europäischen Vergaberechts § 7c EU VOB/A in Bezug auf die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung. Eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (sog. „funktionale Leistungsbeschreibung“) ist anstelle eines Leistungsverzeichnisses zulässig, wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist,

„zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln“.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Vorschrift zu Auftragswertschätzungen im Oberschwellenbereich ausdrücklich, dass die gesamthafte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen zulässig ist (§ 3 Abs. 6 S. 2 VgV):

„Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, bleibt unberührt.“

In der vergaberechtlichen Praxis ist die Zulässigkeit einer gesamthafte Vergabe anerkannt, wenn z.B. – wie bereits oben ausgeführt – auf der Grundlage einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm neben den Bauleistungen auch Planungsleistungen vom Unternehmer zu erbringen sind, sowie grundsätzlich bei der Vergabe „schlüsselfertiger Bauten“ (vgl. Werner, in: Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 4. Aufl. 2017, § 5 VOB/A, Rn. 28; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, 6. Aufl. 2018, § 7c, Rn. 19).

Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat zudem in ihrem Beschluss vom 29. Juli 2013 (Az. 1 VK 25/13) im Zusammenhang mit der kombinierten Ausschreibung der Planungs- und schlüsselfertigen Bauleistung einer „Strahlentherapie“ mit einem Auftragsvolumen von weniger als 10 Millionen Euro brutto für ein Klinikum explizit diese Ausschreibungsform für vergaberechtlich zulässig erachtet. Hierzu führt die Vergabekammer in dem vorgenannten Beschluss wörtlich aus:

„Ausgangspunkt ist, dass es jedem Auftraggeber frei steht, die auszuschreibenden Leistungen nach seinen individuellen Vorstellungen zu bestimmen und den Wettbewerb nur in dieser – den autonom bestimmten Zwecken entsprechenden – Gestalt zu öffnen. Er befindet grundsätzlich alleine darüber, welchen Umfang die zu vergebende Leistung im Einzelnen haben soll und ob gegebenenfalls mehrere Leistungseinheiten, also Lose, gebildet werden, die gesondert vergeben und vertraglich abzuwickeln sind (OLG Thüringen vom 6.6.2007, 9 Verg 3/07). Er entscheidet daher grundsätzlich auch darüber, ob er Lose bildet oder nicht, wobei diese Freiheit durch die §§ 97 Abs. 3 GWB bzw. § 5 EG

Abs. 2 VOB/A insoweit eingeschränkt wird, als mittelständische Unternehmen in geeigneten Fällen durch Losbildung in die Lage versetzt werden müssen, sich eigenständig zu bewerben und nicht nur in Bietergemeinschaft oder durch den Einsatz von Subunternehmern (OLG Karlsruhe vom 6.4.2011, 15 Verg 3/11).

Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zu dem Ergebnis, eine Gesamtvergabe durchzuführen, ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts grundsätzlich hinzunehmen. Die Entscheidung des Auftraggebers ist im Nachprüfungsverfahren nur daraufhin zu kontrollieren, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. Es dürfen ihr keine sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen zugrunde liegen. Die Bestimmung muss sachlich gerechtfertigt sein, ihr müssen nachvollziehbare objektive und sachliche Gründe zugrunde liegen (OLG Düsseldorf vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09 und vom 1.8.2012, VII-Verg 10/12).

Hiervon ausgehend war die Entscheidung, den Auftrag nicht in Lose aufzuteilen, und stattdessen die Planung und die Herstellung als Gesamtauftrag auszuschreiben, frei von Vergabefehlern. Diese Entscheidung ist sachlich gerechtfertigt, weder willkürlich noch diskriminierend. Die Antragsgegnerin hält sich mit dieser Entscheidung innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums. Die Antragsgegnerin hat sich umfassend mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine Gesamtvergabe zulässig ist und hierzu ein rechtliches Gutachten eingeholt. Sie hat festgehalten, dass das Beschaffungsziel nicht isoliert in der Planung oder im Bau bestehe. Sie hat festgestellt, dass das Beschaffungsziel außer in der Planung und der Herstellung als solcher zugleich in der Optimierung der „Orientierungsplanung“ sowie der Reduktion des wertmäßigen Auftragsvolumens auf den vorgesehenen Kostenrahmen von 10 Mio. € angelegt ist. Das Beschaffungsziel diene auch der Realisierung von Einsparpotentialen. Integrales Beschaffungsziel sei die Entwicklung und Umsetzung planerischer, baulicher und sonstiger wirtschaftlicher Kosteneinsparungspotentiale bei gleichzeitiger voller Funktionsfähigkeit des Gebäudes in seiner komplexen Nutzung als Strahlentherapie mit mindestens drei Linearbeschleunigern.

Die Entscheidung, die Planung und den Bau nicht in Lose aufzuteilen, war deshalb weder willkürlich noch diskriminierend.“

Auch die Vergabekammer Lüneburg hat in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich die Zulässigkeit der gesamthaften Vergabe von Planungs- und Bauleistungen festgestellt (VK Lüneburg, Beschl. v. 11.12.2018 - VgK-50/2018).

Festzuhalten ist somit, dass – wie bereits oben ausgeführt – schon die vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen eine gemeinsame Vergabe von Planungs- und Bauleistungen grundsätzlich vorsehen. Dies haben die Vergabekammern Baden-Württemberg sowie Lüneburg in den vorstehend zitierten Entscheidungen nochmals bekräftigt.

Davon zu trennen ist die Frage, ob im Falle einer Ausschreibung als einheitlicher Auftrag dieser wiederum in Losen ausgeschrieben werden muss. Hierzu gilt Folgendes:

b) Grundsätze der Abweichung von dem Gebot der Losaufteilung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 5 EU Abs. 2 VOB/A

Grundsätzlich gilt gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und § 5 EU Abs. 2 VOB/A das Gebot der losweisen Ausschreibung. Demnach sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Bei der Vergabe kann allerdings aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden.

Wenn eine losweise Vergabe möglich ist, stellt sich erst auf der zweiten Stufe die Frage der Rechtfertigung eines Verzichts auf die Losbildung mit entgegenstehenden wirtschaftlichen und technischen Gründen im Rahmen einer Einzelfallabwägung.

In der Rechtsprechung ist insoweit anerkannt, dass eine Pflicht zur losweisen Vergabe zumindest dann nicht besteht, wenn und soweit das mit dem Beschaffungsprojekt verfolgte Ziel im Rahmen einer funktionalen Betrachtung durch eine losweise Vergabe nicht erreicht werden kann. Im Grundsatz steht es der Vergabestelle nämlich frei, die auszuscheidende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser – den autonom bestimmten Zwecken entsprechenden – Gestalt den Wettbewerb zu eröffnen (sog. „Beschaffungsaunomie“; OLG Jena, Beschl. v. 26.06.2006, Az.: 9 Verg 2/06; OLG

Jena, Beschl. v. 06.06.2007, Az.: 9 Verg 3/07; OLG Celle, Beschl. v. 24.06.2010, Az.: 13 Verg 4/10,). So hat das OLG Celle im Zusammenhang mit der Vergabe von ÖPP-Beratungsleistungen daran festgehalten, dass eine Rechtfertigung der losweisen Vergabe dort nicht erforderlich ist, wo der Beschaffungsbedarf nicht anders als durch eine gesamthafte Vergabe erreichbar ist; es gilt insoweit eine zweistufige Prüfung. Dementsprechend heißt es in der jüngsten Vergaberichtlinie:

„Der öffentliche Auftraggeber sollte zur Prüfung der Frage verpflichtet sein, ob die Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist, wobei es ihm freistehen soll, darüber selbständig zu entscheiden und seine Entscheidung nach eigenem Ermessen zu begründen, ohne dass er einer administrativen oder gerichtlichen Kontrolle untersteht.“

Erwägungsgrund 78 der Richtlinie 2014/24/EU

Das OLG Celle führt zu der durchzuführenden zweistufigen Prüfung Folgendes aus (OLG Celle, Beschl. v. 24.06.2010, Az.: 13 Verg 4/10):

"Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen einer zweistufigen Prüfung zunächst festzustellen, ob das der Ausschreibung zu Grunde gelegte Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle unterfällt oder ob innerhalb dieses Dispositionsrahmens eine weitere Zerlegung in Teil- und Fachlose möglich wäre (OLG Jena, NZBau 2006, Seite 735 [Seite 736] – "Anna Amalia"). Maßgeblich dafür sind die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele und Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung."

Dass eine Losvergabe nicht möglich ist, hat die Rechtsprechung bislang insbesondere bei der Vergabe von ÖPP-Projekten angenommen, in denen es dem Auftraggeber gerade darum ging, die geeignete Form eines Modells zu entwickeln, die sich erst aus einer Gesamtschau der verschiedenen rechtlichen, wirtschaftlichen und technischen Optionen ergibt. Zumindest dann, wenn es dem Auftraggeber um den interdisziplinären „Managementaufwand“ geht und die Vergabe der Gesamtleistung mithin mehr beinhaltet als die Summe ihrer Einzelaufträge, und wenn der Auftraggeber genau an dieser Beratung im Schnittstellenbereich ein besonderes Interesse hat, ist eine gesamthafte Vergabe zulässig (OLG Jena, Beschl. v. 06.06.2007, Az.: 9 Verg 3/07; OLG Celle, Beschl. v. 24.06.2010, Az.: 13 Verg 4/10). Immer dann also, wenn das eigentliche Ziel der Beschaffung im Rahmen einer Einzellosvergabe

nicht erreicht werden kann, ist eine Vergabe als Gesamtauftrag zugelassen. Dies ist in der Rechtsprechung und der maßgeblichen vergaberechtlichen Literatur auch im Zusammenhang mit der kombinierten Vergabe von Planungs- und Bauleistungen anerkannt (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. Juli 2013, Az. 1 VK 25/13 sowie u.a. Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, Kommentar 20. Aufl. 2017, § 5 Rn. 30 ff).

Somit kann es – gerade umgekehrt – unzulässig sein, sich bei verschiedenen möglichen Lösungsvarianten, die einem Beschaffungsbedarf gerecht werden, auf eine einzige im Vorfeld zu beschränken. Dies gilt zumindest dann, wenn – wie vorliegend – die Vergabestelle aufgrund ihrer Marktübersicht Kenntnis davon hat, dass verschiedene Ausführungsvarianten in Betracht kommen (so im Falle der unzulässigen Festlegung auf ein bestimmtes Lösungsverfahren: OLG Jena, Besch. v. 26.06.2006, Az.: 9 Verg 2/06).

In Bezug auf Partnering-Modelle hat zudem die Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur festgehalten in Ihrem Endbericht ausdrücklich festgestellt, dass die Komplexität von Großprojekten es öffentlichen Auftraggebern sogar gebieten kann, Leistungen zu bündeln und somit gesamtartig zu vergeben. In dem Bericht heißt es wörtlich:

„Die Bündelung von Leistungen kann zu einer früheren Termin- und Kostensicherheit führen. Bei konventioneller, sukzessiver Losvergabe stehen nach einer Untersuchung von Prof. Racky 75 % der Baukosten erst nach ca. 40 % der Bauzeit und 95 % der Baukosten erst nach 70 % der Bauzeit fest. Der Gesamtfertigstellungstermin steht nach dieser Untersuchung häufig erst nach 2/3 der Gesamtbauzeit fest. Bei einer Vergabe an einen Generalunternehmer seien Kosten und Termine dagegen früher belastbar.“

Zudem stuft der Endbericht die partnerschaftliche Zusammenarbeit als eine Lösung für die bessere Abwicklung von Bauprojekten der öffentlichen Hand ein (Endbericht der Reformkommission „Bau von Großprojekten“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur festgehalten vom Juni 2015, S. 44).

c) Funktionale Leistungsbeschreibung (Leistungsprogramm) rechtfertigt kombinierte Vergabe von Planungs- und Bauleistungen

Unbeschadet des grundsätzlichen Gebots der losweisen Ausschreibung sieht § 7c EU VOB/A zudem ausdrücklich vor, dass Entwurf und Bauausführung einer Leistung zusammen vergeben werden können.

Für diesen Fall ermöglicht die Vorschrift funktionale Leistungsbeschreibungen, die anstelle eines Leistungsverzeichnisses die anzubietende Leistung durch ein Leistungsprogramm darstellen. Als Voraussetzung regelt die Norm, dass es bei Abwägen aller Umstände „zweckmäßig ist, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.“

Soweit diese Voraussetzungen gegeben sind, ist eine funktionale Leistungsbeschreibung zugelassen, welche gleichzeitig eine gesamthafte Vergabe der zu beauftragenden Leistungen rechtfertigt. Wäre der Auftraggeber in dieser Konstellation gezwungen, die Leistungen getrennt auszuschreiben, erhielte er mit den Teilleistungen nicht die gewünschte Gesamtleistung, was ihm nicht zuzumuten wäre (Meckler: „Grenzen der Verpflichtung zur Losvergabe nach vergaberechtlicher Rechtsprechung“, in: NZBau 2019, S. 492-497 (497). Der Auftraggeber hat insoweit einen Ermessensspielraum (OLG München, Beschl. v. 10.12.2009 – Verg 16/09).

Auch das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr stellt in seinem Leitfaden fest; „dass das Konzept einer Funktionalausschreibung eine gewerkeweise Ausschreibung von vorne herein nicht zulässt. Denn erst das im Angebot des Bieters enthaltene Lösungskonzept zeigt, welche Bauleistungen erforderlich sind. Das Vergaberecht sieht hier also eine eigenständige Ausnahme vom Gebot der Fach- und Teillosbildung vor. Es ermöglicht so, Planungs- und Bauleistungen zusammen „in eine Hand“ zu vergeben“ (Bayerisches Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr, Bau intern, Ausgabe 2.2021, S. 22ff.).

d) Gründe der Abweichung vom Grundsatz der Losvergabe

Wendet man die vorstehenden Grundsätze auf den zu realisierenden Brücken- und Tunnelbau an, so sprechen unseres Erachtens überzeugende Argumente dafür, dass die Planung und Errichtung der Brücken-

/Tunnelanlage im Rahmen einer gesamthaften Vergabe der Bau- und Planungsleistungen ohne weitere Unterteilung in Lose ausgeschrieben werden kann.

Es bestehen aus unserer Sicht sachliche Gründe, die eine dahingehende Festlegung des Beschaffungsbedarfs rechtfertigen. Die Ziele und Zwecke des Neubaus lassen sich durch eine losweise Vergabe, die zwischen den Planungsleistungen einerseits und den Bauleistungen andererseits trennt und ggf. die Bauleistungen selbst wiederum in einzelne Fach- bzw. Mengenlose aufteilt, gerade nicht erreichen. Vielmehr soll vorliegend durch jeden Bieter eine planerisch-technisch und baulich optimierte Lösung für das zu verwirklichende Projekt angeboten werden, die im Rahmen einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit weiterentwickelt und realisiert werden soll. Beschaffungsziel ist also nicht die Planung und bauliche Realisierung eines in seinem Umfang vorgegebenen Vorhabens. Integrales Beschaffungsziel ist vielmehr auch die Ermittlung und Umsetzung planerisch-technischer, baulicher und sonstiger wirtschaftlicher Kosteneinsparungspotenziale sowie einer optimierten Realisierungszeit bei voller Funktionalität des zu planenden und zu bauenden Gebäudes in seiner beabsichtigten Nutzung.

Darüber hinaus können auch bei dieser gesamthaften Vergabe die Interessen des Mittelstandes berücksichtigt werden, etwa indem im Rahmen der Zuschlagswertung ein Konzept zur Einbindung des Mittelstandes gewertet wird. Damit wird dem Schutzzweck des Gebots der Losaufteilung Rechnung getragen.

7. Wahl der Verfahrensart

Ausgehend von einer gesamthaften Vergabe der Planungs- und Bauleistungen sind diese als Bauauftrag im Sinne des § 103 Abs. 3 GWB einzuordnen. Wegen des Überschreitens der Schwellenwerte sind diese nach den Vorschriften der VOB/A-EU zu vergeben. Hinsichtlich des zu wählenden Vergabeverfahrens gilt insoweit grundsätzlich gem. § 3a EU Abs. 1 Satz 1 VOB/A i.V.m. § 3a EU Abs. 1 Satz 2 VOB/A der Vorrang des offenen bzw. nicht offenen Verfahrens.

Wir halten es hier jedoch für begründbar, dass das Verfahren als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden darf (§ 3a EU Abs. 2 Nr. 1 b) und c) VOB/A).

a) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wegen konzeptioneller und innovativer Lösungen als Auftragsgegenstand gemäß § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 b) VOB/A

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist gemäß § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 b) VOB/A dann zulässig, wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst. Nach der vorliegenden Verfahrenskonzeption sind vom Auftragnehmer auch Planungsleistungen zu erbringen. Diese können als konzeptionelle Lösung angesehen werden, da seitens des Auftraggebers lediglich das Ziel, nicht jedoch das konkrete Planungs- (und Bau-) Ergebnis vorgegeben wird. Das Ergebnis ist vielmehr durch die partnerschaftliche Zusammenarbeit konzeptionell zu entwickeln.

b) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wegen nicht hinreichend beschreibbarer Leistung gemäß § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/A

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist gemäß § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/A auch dann zulässig, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.

Dabei ist im Einzelfall anhand objektiver Gesichtspunkte zu ermitteln, ob die Pflicht zur eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung des Auftraggebers an eine Grenze stößt. Dies ist der Fall, wenn die Beschreibung auch unter Einbeziehung sachkundiger Hilfe nicht mit zumutbarem Aufwand möglich ist, so dass keine vergleichbaren Angebote abgegeben werden können (Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, 20. Aufl., VOB/A, 2017, § 3a EU, Rn. 22). Als wichtigsten Fall des § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/A nennt die Literatur neuartige und komplexe Bauvorhaben, deren genauer Umfang bei Auftragserteilung noch nicht absehbar ist, sei es, weil dieses Wissen objektiv noch nicht vorliegt, sei es, weil dem Auftraggeber das notwendige Wissen hierfür fehlt. § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/A erfasst also Situationen, in denen der Auftraggeber mit zumutbarem Aufwand nicht in der Lage ist, die Leistung zu beschreiben (Stickler, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, 6. Aufl. 2018, § 3a EU, Rn. 15).

Weitere Anhaltspunkte ergeben sich aus der Rechtsprechung insbesondere im Bereich der Dienstleistungen. Danach gilt: Wenn der Auftragnehmer bei der Ausführung beträchtliche Kognitions-, Bewertungs- und Gestaltungsspielräume hat, die sich auf das Erkennen von Problemstellungen, die Entwicklung von Lösungswegen und die Beratungsergebnisse erstrecken, kann der Auftragsinhalt vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.04.2010 - Az.: VII-Verg 55/09). Eine Leistung ist insbesondere dann nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar, wenn eine noch nicht existierende Lösung für die gestellte Aufgabe gesucht wird und der Auftraggeber einen wesentlichen Teil der Auftragsausführung vorwegnehmen müsste, um die Leistung entsprechend genau beschreiben zu können (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.08.2011, Az.: VII Verg 36/11). Gerade die Lösung der vorliegend zu vergebenden freiberuflichen Planungsleistungen (Objektplanung und Fachplanungsleistungen) lässt sich nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschreiben.

Auch diese Voraussetzungen sind aus unserer Sicht erfüllbar. Vorliegend wird gerade eine noch nicht existente, optimierte Lösung für Planung und Bau gesucht. Wie diese Lösung aussieht, lässt sich gerade nicht im Vorfeld sagen, ohne schon die Lösung vorweg zu nehmen. Die Ausschreibung zielt vielmehr darauf ab, dem Bieter gestalterischen Spielraum zu lassen und hier im Rahmen der partnerschaftlichen Zusammenarbeit seine Innovationskraft bei Planung und Bau zu nutzen. Es geht dabei nicht darum, einen isolierten Plan und eine Bauleistung zu erhalten, sondern gerade das „Gesamt-Know-How“ eines einzigen Auftragnehmers zu nutzen. Insoweit besteht hier eine gewisse Überschneidung zum oben dargestellten Ausnahmegrund des § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 b) VOB/A.