



KAPELTMANN UND PARTNER | Anna-Louisa-Karsch-Straße 2 | 10178 Berlin

vorab per Fax: 0 41 31 / 15 - 29 43
Vergabekammer Niedersachsen
beim Nds. Ministerium für Wirtschaft, Arbeit
und Verkehr
Auf der Hude 2
21339 Lüneburg

2.10

Handwritten signature and initials: KTH16, KTH 20/6

Berlin, 17.06.2011

Dr. Michael Wolters
michael.wolters@kapellmann.de
Sekretariat: Susanna Knetsch
Dr. MW/ck
Durchwahl: 0 30/39 97 69-43
LVA/Wolters/aktien/ezogen/SKE/Schulden und Klaus Braunschweig/NPA_Stand 10-06-2011.DOC

Unser Zeichen: 348/11BF24
SKE Service GmbH / Stadt Braunschweig

Vergabenachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 1 GWB

der SKE Service GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Herrn Rainer Beisel, Siegmund-Schuckert-Straße 3, 68199
Mannheim,

Handwritten signature: Fran Knetsch

- Antragstellerin -

Verfahrensbefugmächtigte:

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte, Anna-Louisa-Karsch-
Str. 2, 10178 Berlin,

• Büro Berlin
Anna-Louisa-Karsch-Straße 2 | 10178 Berlin
Tel. 030 39 97 69-0 | Fax 030 39 97 69-41

- Berlin
 - Dr. Christian Rasper
 - Dr. Martin Jung
 - Dr. Guido Köhler, Notar
 - Dr. Michael Wolters
 - Dr. Verth Lehmann
 - Dr. Harald Pott
 - Dr. Christoph Steiner
 - Dr. Anja Krenn-Tobias
 - Mira Jirissa
 - Dr. Jan Rothmann
 - Domenico Fenzlgin
- Bremen
 - Dr. Axel Kalmeyer
 - Dr. Robin van der Horst, LL.M.
 - Dr. Ina de Mont, LL.M.
- Braunschweig
 - Prof. Dr. Klaus Dohmen
 - Dr. Klaus Eschenbruch, LL.M.
 - Dr. U. Albrecht-Latone
 - Natko Loy
 - Prof. Dr. Kai-Josef Hoyer
 - Dr. Ralf Sading
 - Dr. Hans-Peter Kufatz
 - Dr. Walter Schenbaum
 - Dr. Harald Brock
 - Dr. Hans-Claudia Scheer
 - Dr. Anthonis Ewers
 - Dr. Jürgen P. Schaefer, LL.M.
 - Dr. Barbara Gey
 - Dr. Thomas Jähne
 - Dr. Heideff Rohrbach
 - Dr. Hendrik Stöckel
 - Dr. Angela Lindfeld
 - Dr. Florian Krichel
 - Dr. Martin Wilkenhain
 - Dr. David Simon
 - Dr. Dennis G. Vormann
 - Dr. Stefan Mathias
 - Evan K. Harvill
 - Dr. Michael Schaefer, LL.M.
 - Dr. Tobias Harms
 - Michael Böse
 - Dr. Jessica Stöber
- Frankfurt/Main
 - Prof. Dr. Martin Häver
 - Dr. Marcus Pflanz
 - Dr. Kerstin Müller, LL.M.
 - Dr. Stefan Förschbacher
 - Prof. Dr. Christian Löffmann
- Hannover-Peter Olthoff
 - Dr. Maximilian R. Jans
 - Christian Heuß
 - Dr. Axel Groß, LL.M. oec.
 - Bastian Hirsch
 - Agnar Gutschow
 - Georg Klein
- Hamburg
 - Dr. Claus von Rüdiger
 - Dr. Peter Leitz
 - Dr. Matthias Pina
 - Dr. Marianne Weizmann, LL.M.
 - Dr. Ralf Hangebrück
 - Dr. Geroldus Köhler
- Münchenerhofbach
 - Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann
 - Prof. Dr. Werner Langen
 - Dr. Ewald Hansen
 - Hartmut Mandorf, LL.M.
 - Dr. Alexander Kutz
 - Dr. Ralf-Joachim Leubert
 - Dr. Stefan Kähler
 - Dr. Thomas Gylwe
 - Jochen Pfelepp, LL.M.
 - Dr. Heiko Fuchs
 - Dr. Frank Verbitski
 - Dr. Anja Bruns-Kemper
 - Dr. Tom Gieseler
 - Prof. Dr. Günter König, LL.M.
 - Dr. Andreas Berger
 - Dr. Gerald Sonntag
 - Dr. Axel Kalmeyer
 - Dr. Oliver Wenz
 - Dr. Thomas Ritten
 - Dr. Gregor Schökel, LL.M.
 - Dr. Martin Ludjag
 - Dr. Philipp Pribitkin
 - Dr. Thomas Möhlen
 - Dr. Ina de Mont, LL.M.
 - Christian P. Kohnen
 - Christian Lohmann
 - Marcel Höber
 - Wolke Adenoid
 - Dr. Axel Schneider
- München
 - Dr. Jochen Martin
 - Dr. Alexander Kutz
 - Dr. Susanna Kapellmann
 - Dr. Marcus Hoff
 - Dr. Tobias Schödel
 - Stefan Richter, LL.M.
 - Thomas Müller, LL.M.
 - Dr. Bernd Hüb, LL.M.
- Fachverhalte (1-6) (7):
 - 1 Bau- und Architektenrecht
 - 2 Steuerrecht
 - 3 Verwaltungsrecht
 - 4 Arbeitsrecht
 - 5 Familienrecht
 - 6 Strafrecht
 - 7 Handels- und Gesellschaftsrecht
 - 8 Strafrecht
 - 9 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 10 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 11 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 12 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 13 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 14 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 15 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 16 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
 - 17 Strafrecht spezial in strafrechtlichen (Straf) / in
- Zertifiziert nach DIN EN ISO 9001:2008

www.kapellmann.de



- 2 -

gegen

die Stadt Braunschweig, Körperschaft des Öffentlichen Rechts, vertreten durch den
Oberbürgermeister Herrn Dr. Gert Hoffmann, Platz der Deutschen Einheit 1,
38100 Braunschweig,
Telefon +49 (0)531 470-1,
Telefax +49 (0)531 15112,
E-Mail stadt@braunschweig.de

- Vergabestelle und Antragsgegnerin -

über die

Beiten Burkhardt Rechtsanwalts-gesellschaft mbH,
Herrn Rechtsanwalt Stefan Breider
Westhafentower
Westhafenplatz 1
60327 Frankfurt / Main
Telefax: 069/75 60 95 411
E-Mail: stefan.breider@bblaw.com

Namens und in Vollmacht der Antragstellerin stellen wir den Antrag auf Nachprüfung des
Vergabeverfahrens „PPP-Projekt Schulen und Kitas der Stadt Braunschweig,
Bekanntmachung 2009/S 187-269057“ und beantragen,

- I. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der
Hochtief PPP Solutions GmbH zu erteilen,
- II. festzustellen, dass die Antragstellerin durch die Entscheidung der
Vergabestelle, der Hochtief PPP Solutions GmbH den Zuschlag in dem
genannten Vergabeverfahren zu erteilen, in ihren Rechten verletzt ist,



- 3 -

- III. der Antragsgegnerin aufzugeben, die Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,
- IV. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
- V. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
- VI. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Inhaltsverzeichnis

1	SACHVERHALT	8
1.1	BEKANNTMACHUNG.....	8
1.2	TEILNAHMESWETTBEWERB.....	9
1.3	DURCHFÜHRUNG DES VERHANDLUNGSVERFAHRENS.....	9
1.4	INFORMATION ÜBER DIE ZUSCHLAGSERTEILUNG AN HTS.....	24
1.5	RÜGE 1 VOM 13.05.2011.....	25
1.6	AKTENEINSICHT.....	25
1.7	ERGÄNZENDE RÜGE 2 VOM 25.05.2011.....	26
1.8	ABSTIMMUNG IM RAT DER STADT BRAUNSCHWEIG.....	26
1.9	NICHTABHILFE.....	27
1.10	ABSAGESCHREIBEN.....	27
2	ZULÄSSIGKEIT UND BEGRÜNDETHEIT DES ANTRAGS	27
2.1	ANWENDUNG DES GWB.....	27
2.2	ZULÄSSIGKEIT DES NACHPRÜFUNGSANTRAGES.....	28
2.2.1	Öffentlicher Auftraggeber.....	28
2.2.2	Überschreitung des Schwellenwertes.....	28
2.2.3	Antragsbefugnis der Antragstellerin.....	28
2.3	VERGABERECHTSVERSTÖßE IM EINZELNEN.....	29
2.3.1	Einbeziehung von HTS in das Vergabeverfahren.....	30
2.3.1.1	Ausschluss wegen Nichterfüllung der Mindestbedingungen des 2. Angebotes.....	30
2.3.1.2	Unzulässigkeit der Änderung des Verfahrens zum Nachteil der Antragstellerin.....	31
2.3.1.3	Selbstbindung an exklusive Verhandlung mit der Antragstellerin als Preferred Bidder.....	35
2.3.1.4	Unzulässigkeit der Anpassung von Verdingungsunterlagen nach Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote.....	37
2.3.1.4.1	Vorgaben aus der Allgemeinen Verdingungsunterlage	38
2.3.1.4.2	Tatsächlich durchgeführtes Verfahren.....	39
2.3.1.4.3	Vergabeverstoß.....	40
2.3.1.5	Fehlende Eignung des Bieters HTS.....	41
2.3.2	Kein vollständiges und den Mindestbedingungen entsprechendes Angebot.....	41
2.3.2.1	Vorbemerkung.....	41
2.3.2.2	Vorgaben aus der Verdingungsunterlage.....	45
2.3.2.3	Rechtliche Ausgangslage.....	46
2.3.2.4	Änderung der Verdingungsunterlage durch Änderung der Bauabschnitte.....	47
2.3.2.5	Änderung des Projektvertrages durch Gestattung einer Projektgesellschaft.....	48



2.3.2.6	Stichtag Referenzzinssätze	50
2.3.2.6.1	Vorgaben der Vergabestelle.....	50
2.3.2.6.2	Relevanz und Ermittlung des tilgungsgewichteten Referenzzinssatzes	52
2.3.2.6.3	Vergabeverstöß	55
2.3.2.7	Verbindlichkeit der Finanzierungsangebote	56
2.3.2.7.1	Finanzierungskonzept	57
2.3.2.7.2	Support Letter	57
2.3.2.7.3	Bonitätsvorbehalt	58
2.3.2.7.4	Fehlender Nachweis zur Referenzzinssatzermittlung.....	59
2.3.2.7.5	Falscher Stichtag Referenzzinssätze	59
2.3.2.7.6	Verbindlicher Liquiditätsaufschlag.....	60
2.3.2.7.6.1	Vorgaben der Verdingungsunterlage	60
2.3.2.7.6.2	Angebot der HTS	60
2.3.2.7.7	Fünfwöchige Bindung an Liquiditätsaufschlag	61
2.3.2.7.7.1	Vorgabe der Vergabestelle.....	61
2.3.2.7.7.2	Angebot HTS	62
2.3.2.8	Fehlerhaft ausgefüllte Preisblätter	62
2.3.2.8.1	Preisblatt D 2 - Allgemein	64
2.3.2.8.2	Preisblatt D 2 und Preisblatt D 5 - Energiemengen ..	64
2.3.2.8.3	Preisblatt D2 - Reinigung.....	65
2.3.2.8.3.1	Abweichungen der Reinigungsintervalle und Flächen	67
2.3.2.8.3.2	Unrealistische Angaben zur „Leistung pro m ² /h“ ..	70
2.3.2.8.3.3	Keine Sicherstellung der Zahlung von Mindestlöhnen	71
2.3.2.8.3.4	Unzulässigkeit der nachträglichen Veränderung von Reinigungsintervallen	72
2.3.2.8.4	Mittelherkunfts- und verwendungsplan	73
2.3.2.8.5	Zins- und Tilgungsplan	74
2.3.2.9	Fehlerhaft ausgefüllte Formblätter	74
2.3.2.9.1.1	Formblatt D 2 - Versicherungen.....	74
2.3.2.9.1.2	Formblatt D 8 - Instandhaltungsplanung	75
2.3.2.9.1.2.1	Forderung der Verdingungsunterlage	75
2.3.2.9.1.2.2	Angebot HTS	76
2.3.2.9.1.2.3	Bewertung	76
2.3.2.9.1.3	Raumgrößen Ergänzungsneubau.....	80
2.3.2.9.1.4	Energieverbrauch	81
2.3.2.9.1.5	Aufsteckware und Schädlingsbekämpfung	82
2.3.2.9.2	Versicherungskonzept.....	82
2.3.2.9.2.1	Vorgabe aus der Verdingungsunterlage.....	82
2.3.2.9.3	Abweichung von der vorgegebenen Anzahl der Hausmeister	83
2.3.2.9.4	Formblatt D 3 - Qualitäten.....	85



- 6 -

2.3.3	Mischkalkulation.....	85
2.3.3.1	Vorgaben aus der Allgemeinen Verdingungsunterlage.....	86
2.3.3.2	Angebot HTS.....	86
2.3.3.3	Rechtsfolge.....	90
2.3.4	Unangemessen niedriger Preis.....	91
2.3.4.1	Gesonderte Betrachtung der Leistungsbestandteile.....	93
2.3.4.2	Pflicht zur Aufklärung.....	94
2.3.4.3	Ausschluss des Angebots.....	95
2.4	VERLETZUNG DER ANTRAGSTELLERIN IN EIGENEN RECHTEN AUCH BEI AUSSCHLUSSGRÜNDEN IM EIGENEN ANGEBOT.....	96
3	AKTENEINSICHT.....	96
4	NOTWENDIGKEIT DER HINZUZIEHUNG EINES VERFAHRENSBEVOLLMÄCHTIGTEN.....	97
5	ÜBERMITTLUNG DES ANTRAGS AUCH BEI VORLIEGENDER SCHUTZSCHRIFT.....	97
6	VORSCHUSS.....	98
7	ZUSTELLUNG.....	99
8	ANLAGEN.....	99



- 7 -

Begründung:

Die Entscheidung der Vergabestelle, das vorliegende Vergabeverfahren mit einer Zuschlagserteilung auf das Angebot der Hochtief PPP Solutions GmbH (im Folgenden: HTS) zu beenden, ist vergaberechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihren Rechten. Die bislang veröffentlichten Informationen zum Inhalt der Entscheidung sowie die im Zuge einer teilweisen Akteneinsicht am 20.05.2011 gewonnenen Erkenntnisse lassen schwerwiegende Vergabeverstöße bei der Bewertung des Angebotes der HTS erkennen.

Bei vergaberechtsgemäßer Wertung der Angebote hätte die Vergabestelle das Angebot der HTS schon nicht zur zweiten Verfahrensphase zulassen dürfen, dieses jedoch spätestens nach Eingang des rechtsverbindlichen Angebotes am 13.04.2011 aus der Wertung nehmen und vom weiteren Verfahren ausschließen müssen. Weder das zweite indikative noch das verbindliche Angebot werden namentlich den Mindestbedingungen, die die Vergabestelle an die Vorlage eines wertungsfähigen und zuschlagsfähigen Angebotes stellt, gerecht. Dabei spielen Versäumnisse der HTS bei der Ausarbeitung ihres „Differenzangebotes“ ebenso eine Rolle wie Fehleinschätzungen der Vergabestelle.

Schließlich handelt es sich bei dem Angebot der HTS um ein Unterkostenangebot, da die angebotenen Preise namentlich für den auf die nächsten 25 Jahre ausgelegten Betrieb der hier gegenständlichen Liegenschaften nicht ausreichen. Es ist im Angebot bereits angelegt, dass HTS die geltenden Mindestlöhne nicht zahlen kann und namentlich die Betriebsleistungen nicht über die mit der Stadt Braunschweig zu vereinbarenden Entgelte gedeckt sind.

Im Einzelnen:

KAPELLMANN
UND PARTNER
RECHTSANWÄLTE

- 8 -

1 Sachverhalt

Die Antragsgegnerin hat die Leistungen zu dem „PPP-Projekt Schulen und Kitas in der Stadt Braunschweig“ im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter dem 29.09.2009 zu der Bekanntmachungs-Nr. 2009/S 187-269057 bekannt gemacht. Gegenstand der Bekanntmachung war die Vergabe eines Auftrags über die Planung, die Durchführung und Finanzierung der Bau- und Sanierungsmaßnahmen, die werterhaltende Instandsetzung der Gebäude und Anlagen sowie die Betriebsleistung des technischen und infrastrukturellen Gebäudemanagement einschließlich der Hausmeisterleistungen für insgesamt 9 Schulen, 3 Kindertagesstätten und 2 Schulsporthallen im Rahmen eines PPP-Projekts.

1.1 Bekanntmachung

Die Objekte befinden sich nach dem Bekanntmachungstext an insgesamt 14 Standorten im Stadtgebiet Braunschweigs mit einem Bestandsvolumen von etwa 125.000 m³ Bruttogeschossfläche. Die Vertragslaufzeit war mit insgesamt 300 Monaten ab Auftragsvergabe angegeben. Die Bekanntmachung sah die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb vor. Die Zuschlagskriterien waren unter Abschnitt IV.2.1 wie folgt beschrieben:

„Wirtschaftlich günstigstes Angebot in Bezug auf die nachstehenden Kriterien:

- 1. Preis (Barwert der Entgelte). Gewichtung: 60.*
- 2. Qualität der Planung. Gewichtung: 10.*
- 3. Baulichte Qualität. Gewichtung: 10.*
- 4. Betriebliche Qualität. Gewichtung: 20.“*

1.2 Teilnahmewettbewerb

Die Auswahl der Bewerber erfolgte auf der Grundlage der in der Vergabebekanntmachung geforderten und mit dem Teilnahmeantrag vorgelegten Erklärungen und Nachweise. Die Antragsgegnerin prüfte die Eignung auf der Grundlage einer bekannt gemachten Matrix und wählte insgesamt 6 geeignete Unternehmen aus, um diese zur Angebotsabgabe aufzufordern. Unter den ausgewählten Teilnehmern befanden sich unter anderem die Antragstellerin und die HTS.

1.3 Durchführung des Verhandlungsverfahrens

Die Vergabestelle hat den aus dem Teilnahmewettbewerb hervorgegangenen Bietern eine Allgemeine Verdingungsunterlage übersandt, in der die Struktur des Vergabeverfahrens und die weitere Vorgehensweise der Vergabestelle beschrieben waren. Auf dieser Basis forderte die Vergabestelle die aus dem Teilnahmewettbewerb hervorgegangenen Bieter zur Abgabe eines ersten unverbindlichen Angebotes auf. Die Bieter hatten hierfür die Möglichkeit, an Objektbegehungen teilzunehmen.

Nach Eingang der ersten unverbindlichen, indikativen Angebote wurden die Bieter in sogenannten Workshops auf Verstöße ihrer Angebote gegen die Anforderungen der Verdingungsunterlage aufmerksam gemacht und aufgefordert, indikative Angaben zu den Möglichkeiten einer nachhaltigen Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in dem Vergabeverfahren zu machen und mitzuteilen, unter welchen Prämissen Einsparpotenziale aus ihrer Sicht realisierbar seien. Die Vergabestelle prüfte diese indikativen Bieterangaben, überarbeitete die Vergabeunterlagen und forderte die Bieter auf, ein zweites unverbindliches Angebot einzureichen. Nach Informationen der Antragsgegnerin haben insgesamt 3 Bieter fristgerecht ein zweites unverbindliches Angebot eingereicht, darunter die Antragstellerin und die HTS.



- 10 -

Der Vergabedokumentation ist zu entnehmen, dass es vor der Aufforderung zur Abgabe eines zweiten unverbindlichen Angebots Gespräche zwischen HTS und der die Vergabestelle vertretenden Frau Rechtsanwältin Dr. Dickert und Herrn Rechtsanwalt Breider am 03. bzw. 07.12.2010 gab, in denen HTS mitgeteilt hat, das Angebot sei im Hinblick auf die Vorgaben des Haushalts und des Vorteils gegenüber einer möglichen Eigenrealisierung kaum darstellbar. Man überlege, so die Äußerung der HTS, wegen der erheblichen Kosten von einer weiteren Beteiligung am Verfahren Abstand zu nehmen. Es werde keine Perspektive gesehen, den ausloberseitig vorgegebenen terminlichen und wirtschaftlichen Projektrahmen auch auf Basis überarbeiteter Vergabeunterlagen einzuhalten.

Mit Schreiben vom 07.12.2010 schreibt HTS an die Rechtsanwälte, dass die Leistung so nicht auskömmlich anzubieten sei. Zum 09.12.2010 findet sich ein Telefonvermerk über ein Gespräch zwischen RA Breider und Dr. Thiessen von HTS, in dem dieser angibt, es gäbe kaum eine Chance, den Zielkorridor, gemeint ist hier ein Angebotspreis, der den Vergleichspreis einer Eigenrealisierung durch die Stadt Braunschweig unterbietet, zu erreichen.

Dennoch wurde HTS von der Vergabestelle zur Abgabe eines zweiten unverbindlichen Angebotes aufgefordert.

Die zu diesem Zeitpunkt gültige Allgemeine Verdingungsunterlage mit Stand vom 26. November 2010 führt unter der Ziffer III.3 zum weiteren Verfahren aus:

„Nach Auswertung der zweiten unverbindlichen Angebote sowie der Führung ggf. notwendiger Aufklärungsgespräche wird der Auftraggeber voraussichtlich bis zu drei Bieter auswählen, die zum weiteren Verfahren zugelassen werden. Bei entsprechender Angebotslage behält sich der Auftraggeber allerdings ausdrücklich vor, das Verfahren (zunächst) ggf.



- 11 -

mit nur einem Bieter („Preferred Bidder“) fortzusetzen. Die Bewertung der Angebote und die Auswahl der zum weiteren Verfahren zugelassenen Bieter erfolgt auf der Grundlage der nachstehend unter Ziffer III.6 genannten sowie in der Vergabebekanntmachung unter Abschnitt IV.2.1) bekannt gemachten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung. Die für das weitere Verfahren nicht berücksichtigten Bieter werden schriftlich über ihr Ausscheiden informiert. Die zweite Verfahrensphase besteht in den Vertragsverhandlungen und der Einholung abschließender Angebote. In dieser Phase wird der Auftraggeber zunächst mit den zu weiteren Verfahren zugelassenen Bietern in Vertragsverhandlungen eintreten, die im Wesentlichen dazu dienen, den Inhalt der unverbindlichen Angebote zu konkretisieren.

Nach Auswertung der zweiten unverbindlichen Angebote erklärte die Vergabestelle die Antragstellerin zu ihrem sogenannten „preferred bidder“ und führte Verhandlungen über den Vertrag und die Vergabeunterlagen alleine mit der Antragstellerin.

Der Unterlage „Auswertung verbindliche Angebote“ der Vergabestelle ist zu entnehmen, dass die Vergabestelle sich bei dieser Entscheidung von folgender Erwägung leiten ließ:

„Vor dem Hintergrund des Ergebnisses der Auswertung der zweiten unverbindlichen Angebote hat die Verwaltung beschlossen, beide verbliebenen Bieter zum weiteren Verfahren zuzulassen, zunächst aber nur mit der SKE Service GmbH als bevorzugtem Bieter („Preferred Bidder“) in Vertragsverhandlungen einzutreten, da hinsichtlich des von der HOCHTIEF PPP Solutions GmbH im Rahmen der zweiten Angebotslegung angebotenen Preises davon ausgegangen werden musste, dass die Wirtschaftlichkeitsprognose zwar gegebenenfalls erreicht jedoch



- 12 -

nicht mit hinreichender Sicherheit nachhaltig unterschritten werden würde."

Mit Schreiben vom 18.02.2011 hat die Vergabestelle die Antragstellerin zu Vertragsverhandlungen eingeladen, um den Inhalt des unverbindlichen zweiten Angebotes zu konkretisieren.

Der Vergabeakte ist zu entnehmen, dass zugleich eine Mitteilung an HTS gesandt wurde, dass diese zwar zur nächsten Angebotsstufe zugelassen sei, zunächst aber Verhandlungen mit einem preferred bidder geführt würden. Weiter heißt es in dem Schreiben an HTS:

„Die Stadt Braunschweig behält sich jedoch vor, im weiteren Verfahrensverlauf gegebenenfalls auf das Angebot Ihres Hauses zurückzukommen und Sie zu Vertragsverhandlungen einzuladen.“

In den folgenden Wochen, konkret in der Zeit vom 24.02. bis 25.03.2011, fanden insgesamt 8, zum Teil mehrtägige Verhandlungsrunden statt, an der die Vergabestelle, deren Berater, und die Antragstellerin teilnahmen.

Am 22.02.2011 rügte HTS die angekündigte Vorgehensweise, zunächst mit der Antragstellerin als preferred bidder zu verhandeln, mit dem Hinweis darauf, das Angebot des preferred bidder könne nur einen ungemessen niedrigen Preis aufweisen, so dass das Angebot nicht auskömmlich und im Übrigen auch unangemessen niedrig sei.

Der Vergabeakte ist zu entnehmen, dass sich zugleich der aus Braunschweig stammende damalige Finanzvorstand von HOCHTIEF, Herr Burkhardt Lohr, in dieser Sache direkt an den Oberbürgermeister der Stadt Braunschweig gewandt hat (Herr Lohr ist zwischenzeitlich im Zuge des Einstiegs von ACS in den HOCHTIEF Konzern aus dem Vorstand ausgeschieden). Der auszugsweise vorgelegten Vergabeakte kann entnommen



- 13 -

werden, dass es spätestens seit dem 10.03.2011 Gespräche der ausschreibenden Stelle mit Vertretern von HTS gegeben hat, bei denen scheinbar die Zusage erteilt wurde, HTS ohne förmliche Verhandlung über ihr zweites unverbindliches Angebot zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes zuzulassen. Ein in mehreren Dokumenten avisiertes Protokoll eines solchen am 10.03.2011 geführten Gesprächs wurde der Antragstellerin nicht zur Einsicht vorgelegt. Außerdem legt der vorgelegte Teil der Vergabeakte nahe, dass HTS möglicherweise fortlaufend über den Stand der mit der Antragstellerin geführten Verhandlungen informiert wurde.

*Protokoll
vorgelegt
LKW*

Offensichtlich hatten diese Gespräche zwischen HTS und der Vergabestelle nachhaltigen Einfluss auf den Fortgang des Verfahrens. Der Finanzdezernent der Antragsgegnerin, Ulrich Stegemann, nennt jedenfalls ausweislich eines Berichts der Zeitung „neue Braunschweiger“ vom 22.05.2011 „Strategische Erwägungen und die Verbindung eines Vorstandsmitglieds von Hochtief zur Stadt Braunschweig“ als einen maßgeblichen Grund für den von Hochtief angebotenen Preis:

Min bis sechs Prozent Einsparung im Vergleich zur Eigenleistung durch eine Kommune seien üblich bei PPP-Projekten. Hochtief will es rund zehn Prozent günstiger machen. Strategische Erwägungen und die Verbindung eines Vorstandsmitglieds nach Braunschweig nennt

Finanzdezernent Ulrich Stegemann als Gründe, auf einen Teil der Gewinnmarge zu verzichten.

Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin mit Schreiben vom 31.03.2011 auf, ein abschließendes verbindliches Angebot bis zum 14.04.2011 vorzulegen.

Mit der HTS hat die Vergabestelle nach eigenen Angaben und nach der Dokumentation in der zur Einsicht vorgelegten Vergabeakte keine eigenen Verhandlungen geführt.



- 14 -

Die Vergabestelle hat auch HTS zur Angebotsabgabe aufgefordert. Sie bezeichnete diesen in der allgemeinen Verdingungsunterlage nicht vorgesehenen Vorgang als „Wiederherstellung des Wettbewerbs“.

In der „Auswertung verbindlicher Angebote“ heißt es unter Ziffer 2.7 hierzu:

„Im Interesse eines bestmöglichen wirtschaftlichen Ergebnisses des Verfahrens wurde von der vergaberechtlichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, nicht nur von dem preferred bidder, der SKE Service GmbH, ein verbindliches Angebot einzuholen, sondern mit Abschluss der Vertragsverhandlungen den Wettbewerb wieder herzustellen und auch HOCHTIEF PPP Solutions GmbH die Gelegenheit zu eröffnen, ohne eigene Vertragsverhandlungen auf der Grundlage der mit dem preferred bidder, der SKE Service GmbH, endverhandelten Verdingungsunterlagen ein Angebot zu legen. Diese Verfahrensentscheidung wurde sowohl der SKE Service GmbH als auch der HOCHTIEF PPP Solutions GmbH vor der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes mitgeteilt.“

Beide Bieter hatten nun vom 31.03.2011 bis zum 14.04.2011 Zeit, die umfangreichen Unterlagen zu prüfen und zu bewerten, die notwendigen Eintragungen vorzunehmen, die Nachweise beizufügen und das Angebot abzugeben. Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin und mithin wohl auch der HTS die sogenannte Allgemeine Verdingungsunterlage mit Stand vom 30.03.2011.

Zugleich unterbreitete die Vergabestelle HTS das in der allgemeinen Verdingungsunterlage nicht vorgesehene Angebot, für ein Erläuterungsgespräch zu den Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stehen.

- 15 -

Diese Allgemeine Verdingungsunterlage entsprach grundsätzlich der Allgemeinen Verdingungsunterlage, die die Bieter bereits zur Abgabe des ersten unverbindlichen Angebotes erhalten hatten. Soweit die Allgemeine Verdingungsunterlage auf die Abgabe eines nunmehr verbindlichen Angebotes hin angepasst und unter Berücksichtigung des bisherigen Verfahrenslaufs und der Verhandlungsergebnisse korrigiert wurde, waren diese Änderungen über eine Änderungsverfolgungsfunktion für die Bieter erkennbar. Unter Abschnitt IV hat die Vergabestelle die Anforderungen an die Einreichung, die Form und den Inhalt des Angebotes wie folgt präzise vorgegeben:

- In Ziffer 1 ist beschrieben, dass das Angebot bis zum 14.04.2011 um 12:00 Uhr bei der Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH eingegangen sein muss.
- Unter Ziffer 2 gibt die Allgemeine Verdingungsunterlage vor, wie das Angebot auszusehen hat. Dort ist etwa angegeben, dass alle einzureichenden Pläne komplett, dem jeweiligen Maßstab entsprechend, zu vermaßen sind. Das Angebot ist in Papierform und zusätzlich 4-fach auf einem Datenträger nebst sämtlicher Anlagen einschließlich der Pläne im PDF-Format einzureichen gewesen. Die Vergabestelle hat den Bietern nachgelassen, das verbindliche Angebot als „Differenzunterlage“ zum zweiten unverbindlichen Angebot einzureichen. Als Voraussetzung hierfür war allerdings angegeben, dass die Zuordnung geänderter Unterlagen zur Struktur des zweiten Angebotes ohne weiteres möglich und klar erkennbar ist, welche bereits eingereichten Unterlagen durch die jeweils geänderten Unterlagen ersetzt werden sollen. Dabei war die Gliederung des zweiten Angebotes zwingend beizubehalten.
- In Ziffer 3 hat die Vergabestelle den Inhalt der einzureichenden Angebote definiert.

In Ziffer 3.1 heißt es:

- 16 -

„Dem Angebotsschreiben sind – soweit nachfolgend nicht ausdrücklich ein Dispens hiervon erteilt wird – in der nachfolgend genannten Reihenfolge mindestens folgende Unterlagen sowie Informationen und Erläuterungen beizufügen:“

In der Folge erwähnt sind die Vertragsentwürfe, die Leistungsbeschreibung, die Unterlagen und Angaben zur Finanzierung, zu Versicherungen und zur steuerlichen Behandlung, die Unterlagen und Angaben zur Vergütung, die Unterlagen und Angaben zu Planung und Bau, die Unterlagen und Angaben zum Betrieb sowie das Organisationsmodell Planungs- und Betriebsphase. Die Details der zahlreichen hier erwähnten Unterlagen wollen wir an dieser Stelle nicht im Einzelnen wiedergeben. Insoweit verweisen wir auf die entsprechende Unterlage.

- Die Vergabestelle hat unter Ziffer 3.2 des Weiteren vorgegeben, dass bei der Erstellung des Angebotes die in der Anlage D erwähnten Formblätter zu verwenden sind.
- Unter Ziffer 3.3 hat die Vergabestelle die formalen Anforderungen an das Angebot und die Mindestbedingungen definiert. Wegen der Bedeutung dieser Hinweise geben wir diesen Abschnitt nachstehend vollständig wieder:



- 18 -

- Unter Ziffer 5 beschreibt die Vergabestelle die Anforderungen an die Verbindlichkeit des Angebotes. Auch diesen Abschnitt geben wir im Original nachfolgend wieder:

5. Verbindlichkeit des Angebotes

Das Angebot muss unterschrieben sein. Die Unterschrift unter das als Anlage D 1 („Angebotsformular“) beigefügte Angebotsformular genügt. Zusätzlich ist das als Anlage D 2 („Preisstabellia und finanzielle Eckdaten“) beigefügte Formblatt an der dafür vorgesehenen Stelle zu unterschreiben.

Der Auftraggeber behält sich vor, die Vorlage eines entsprechenden Nachweises für die Vertretungsberechtigung des Unterschriftsetzenden zu verlangen.

~~Das verbindliche Angebot darf unter keinem Vorbehalt stehen. Ausgenommen hiervon ist ein etwaiger Zustimmungsvorbehalt der Gremien des Bieters (z. B. Aufsichtsrat). Falls das Angebot unter einem solchen Vorbehalt steht, muss sich dieser aus dem Angebot ergeben. Nicht zulässig ist allerdings der Vorbehalt der Genehmigung durch das Geschäftsführungsgremium des Bieters.~~

~~Weiterausgenommen sind hinsichtlich der Finanzierung Gremien- und allein Dokumentationsvorbehalte der Bank und die Finanzierungsbedingungen entsprechend den Regelungen unter 3.1.3. Mit der Abgabe des abschließenden Angebotes sind Gremienvorbehalte nicht mehr zulässig. Hinsichtlich der Verbindlichkeiten der Konditionen wird auf die Regelungen unter 3.1.3. verwiesen.~~

Unter dem 06.04.2011, also nach Erhalt der Aufforderung zur Angebotsabgabe und vor dem Ablauf der Angebotsfrist, schickt Herr Dr. Thiessen von HTS an Herrn Rechtsanwalt Breider eine Auflistung der Bauabschnittsbildung gemäß dem Konzept von HTS. Am 08.04.2011 sendet Herr Rechtsanwalt Breider den Projektvertrag, in dem die Bauabschnitte entsprechend dem Konzept HTS angepasst sind, an HTS. Darüber hinaus wurde der Projektvertrag in dieser Phase auf Wunsch von HTS auch dahingehend angepasst, dass nun



- 19 -

in § 30.8 des Projektvertrages andere „abnahmefähige Teilabschnitte“ gebildet wurden. Im Folgenden findet sich ein Vergleich der Abschnittsbildung der Antragstellerin und der Abschnittsbildung von HTS, der die Unterschiede in diesem Bereich verdeutlicht:

Schulzentrum Haldeberg	
Antragstellerin	HTS
<i>Schulzentrum Haldeberg Teilabschnitt 1</i>	
01 Schulgebäude	02 Sporthalle
02 Sporthalle	05 Hausmeisterwohnung
04 Forum/Aula	08 Schulgebäude
	09 Mütterzentrum
<i>Schulzentrum Haldeberg Teilabschnitt 2</i>	
03 Schulgebäude	03 Schulgebäude
07 Lehrschwimmhalle	04 Forum/Aula
08 Sporthalle	07 Lehrschwimmhalle
09 Mütterzentrum	08 Sporthalle
	10 Hausmeisterwohnung
	11 Hausmeisterwohnung
<i>Schulzentrum Haldeberg Teilabschnitt 3</i>	
05 Hausmeisterwohnung	01 Schulgebäude
08 Schulgebäude	Außenanlagen (inklusive Kanalsanierung)
10 Hausmeisterwohnung	
11 Hausmeisterwohnung	
Außenanlagen (inklusive Kanalsanierung)	
Otto-Bannermann-Schule, Standort Alte Waage	
Antragstellerin	HTS
<i>OBS Alte Waage Teilabschnitt 1</i>	
01 Unterrichtsgebäude A	01 Unterrichtsgebäude A
02 Unterrichtsgebäude B	02 Unterrichtsgebäude C
<i>OBS Alte Waage Teilabschnitt 2</i>	
03 Unterrichtsgebäude C	03 Unterrichtsgebäude B
04 Bunker	04 Bunker
Außenanlagen (inklusive Kanalsanierung)	Außenanlagen (inklusive Kanalsanierung)
BBS II und Deutsche Müllerschule	
Antragstellerin	HTS
<i>Deutsche Müllerschule Teilabschnitt 1</i>	
05 Werkstatt	01 Medlothek/HM Wohnung
06 Schulgebäude	02 Eingang & Verwaltung
07 Unterrichtsgebäude	04 Unterrichtsgebäude
08 Werkstatt	05 Werkstatt
	06 Schulgebäude
	07 Unterrichtsgebäude
	08 Werkstatt
<i>Deutsche Müllerschule Teilabschnitt 2</i>	
01 Medlothek/HM Wohnung	03 Schulgebäude
02 Eingang & Verwaltung	Außenanlagen (inklusive Kanalsanierung)
03 Schulgebäude	
04 Unterrichtsgebäude	
Außenanlagen (inklusive Kanalsanierung)	



- 21 -

Zur Erläuterung: Die jeweiligen Abnahmen (Testate) sind Voraussetzung für die eigenständige Finanzierbarkeit von Teilobjekten und deshalb für den Bieter durchaus von Bedeutung. Im Rahmen der Verhandlungen wurden die Bauabschnitte zwischen der Antragstellerin und der Stadt Braunschweig gemeinsam abgestimmt und in § 30.8 des Projektvertrags, wie oben aufgeführt (Spalte SKE), aufgenommen.

Am 08.04.2011 wurde ebenfalls die Anlage B-VI-0_Allgemein 0_03 Restriktionen (Zeiten Baugenehmigung) angepasst.

Weitere Verhandlungen, die etwa mit HTS geführt worden sein könnten, sind der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Daher ist folgender Umstand besonders bemerkenswert:

Durch Zufall hat die Antragstellerin erfahren, dass unter dem Link

<http://leaks.piraten.lu/de/nds/bs/2011-04-11.1/PPP.pdf>

ein Projektvertrag zwischen der Stadt und HTS mit Stand vom 11.04.2011 hinterlegt ist. Dieser Entwurf war der Antragstellerin unbekannt. Nach erster Durchsicht dieses Vertrages fällt auf, dass HTS eine Projektgesellschaft als Auftragnehmerin benennt und zwei weitere Gesellschaften als Garantinnen auftreten. Außerdem wurden mindestens die Regelungen der §§ 30.8 und 62a neu eingefügt.

Offensichtlich hat die Vergabestelle nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe Verhandlungen mit dem Bieter HTS geführt, die nicht aus den der Antragstellerin zur Einsicht vorgelegten Unterlagen ersichtlich waren und deswegen vermutlich nicht dokumentiert sind.

Die rechtliche Bewertung dieser Tatsache folgt an späterer Stelle.

Am 14.04.2011 endete die Frist zur Einreichung der verbindlichen Angebote.

Die Antragstellerin reichte ihr verbindliches Angebot form- und fristgerecht am 13.04.2011 ein.

Nach dem Eingang der Angebote forderte die Vergabestelle HTS auf, einen Katalog von Aufklärungsfragen zu beantworten. Am 27.04.2011 fand ein Aufklärungsgespräch mit der HTS in Braunschweig statt. Mit Datum vom 28.04.2011 sendete Rechtsanwältin Dr. Dickert eine von Herrn Müller, von der Stadt Braunschweig, erstellte Analyse der Reinigungskosten an HTS. Beigefügt waren diesem Schreiben Adressen Braunschweiger Reinigungsfirmen. Am 29. und 30.04.2011 antwortete HTS schriftlich auf die Aufklärungsbitten der Vergabestelle. Die Antworten auf die Aufklärungsfragen verweisen im Wesentlichen auf Anlagen, die der Antragstellerin im Rahmen der Akteneinsicht am 20.05.2011 jedoch nicht zur Einsicht vorgelegt wurden. Wir wollen namentlich drei Fragen und drei Antworten hervorheben:

- Auf die Bitte um Erläuterung und Darlegung der in dem Angebot HTS vorgesehenen Anzahl von Hausmeistern und der vorgesehenen Hausmeisterpräsenz in den einzelnen Objekten teilt HTS mit:

„HOCHTIEF wird die vom Auslober in der Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb und in ihren Anlagen vorgegebenen Leistungsstunden der Hausmeister einhalten. Insgesamt werden 14 Mitarbeiter eingesetzt, um die in den Auslobungsunterlagen vorgegebenen Regeldienstzeiten/Präsenzzeiten und geforderten Leistungen abzubilden (...).“



- 24 -

„Die Kalkulation dieser Positionen wie in den Preisblättern angegeben, erfolgte zur Erlangung des Auftrages mit einem kalkulatorischen Abschlag. Denn das Angebot von HOCHTIEF basiert auf einer Gesamtkalkulation. Die hier ausgewiesenen Preise der Einzelleistungen sind nicht separat beauftragbar oder mit Marktpreisen für Einzelleistungen direkt vergleichbar. Eine Auskömmlichkeit der Gesamtkalkulation des Angebotes über die Vertragslaufzeit steht für den Gesamtkonzern HOCHTIEF im Vordergrund. Dabei nutzen wir unsere langjährige Markterfahrung bei PPP Schulprojekten und den Wettbewerbsvorteil, Ihnen alle Leistungen für Planung, Finanzierung, Strukturierung, Sanierung, Neubau und Betrieb aus einer Hand anzubieten zu können. Unser Angebot ist keine Addition von kalkulierten Teilleistungen durch unterschiedlich spezialisierte Anbieter. Wir haben Ihnen aus einer Hand ein wirtschaftlich optimiertes Gesamtangebot durch einen HOCHTIEF-Konzern unterbreitet, das langfristig auf einen Projektlebenszyklus ausgerichtet ist.

Unbeschadet unserer Preiskalkulation und den gewährten Abschlägen bestätigen wir, dass wir den in der Ausschreibung geforderten Leistungsumfang erfüllen werden.“

1.4 Information über die Zuschlagserteilung an HTS

Die Antragstellerin hat am 10.05.2011 aus öffentlich zugänglichen Quellen, insbesondere aus Pressemitteilungen der Stadt Braunschweig erfahren, dass augenscheinlich beabsichtigt ist, der HTS den Zuschlag in dem genannten Vergabeverfahren zu erteilen.



- 25 -

1.5 Rüge 1 vom 13.05.2011

Höchst vorsorglich hat die Antragstellerin die dortigen Erkenntnisse zum Anlass genommen, mögliche Vergabeverstöße der Vergabestelle zu rügen. Die Rüge datiert vom 13.05.2011. Im Rahmen dieser Rüge hat die Antragstellerin die Vergabestelle auf die aus Ihrer Sicht unterlaufenen Vergabefehler hingewiesen. Sie hat insbesondere darauf hingewiesen, dass

- sie die Aufforderung zur Angebotsabgabe an HTS für unzulässig hält,
- die HTS kein vollständiges und den Mindestbedingungen entsprechendes Angebot abgegeben hat,
- die HTS ein Unterpreisangebot abgegeben hat und
- das Angebot der HTS die vorgelegten Mindestbedingungen, insbesondere für Bau/Sanierung, für Instandhaltung und für Betrieb, nicht erfüllt.

1.6 Akteneinsicht

Die Vergabestelle hat der Antragstellerin am 20.05.2011 Akteneinsicht gewährt. Die Antragstellerin konnte in folgende Akten Einsicht nehmen:

- Vergabekorrespondenz zwischen der Vergabestelle und HTS zum zweiten und zum verbindlichen Angebot HTS (wobei die Unterlagen im 1. Ordner paraphiert waren (letzte Seite = 236) und der 2. Ordner kein Paraphierung enthielt. Die Vollständigkeit konnte daher nicht geprüft werden. Nicht enthalten war beispielsweise das mehrfach „avisierter“ Protokoll des Gesprächs mit HTS vom 10.03.2011
- Vergabekorrespondenz SKE
- Protokolle Vertragsverhandlungen SKE
- Auswertung der verbindlichen Angebote vom 02.04.2011 (ausgenommen Anlage 2, Anlagen zu Antworten HTS zu Aufklärungsfragen und Anlage 3)



- 26 -

Ausdrücklich abgelehnt hat die Vergabestelle die Vorlage der Preistabellen.

1.7 Ergänzende Rüge 2 vom 25.05.2011

Die im Zuge der Akteneinsicht gewonnenen Erkenntnisse haben die bereits gerügten Vergabeverstöße im Wesentlichen bestätigt. Die Antragstellerin ist nach der Akteneinsicht imstande gewesen, die Vergaberechtsverstöße noch präziser zu bezeichnen und hat dies, wiederum vorsorglich, in einer ergänzenden Rüge formuliert, die sie der Antragsgegnerin zu Händen der dortigen Vertreter unter dem 25.05.2011 übersandte. Ausweislich einer telefonischen Auskunft des dortigen Sekretariats vom 27.05.2011 ist die Rüge bei den Vertretern der Stadt Braunschweig am 25.05.2011 eingegangen.

1.8 Abstimmung im Rat der Stadt Braunschweig

Im Nachgang zu der ergänzenden Rüge konnte die Antragstellerin der Internetseite www.Braunschweig-online.com folgende Information entnehmen:

„Noch schnell vor Abstimmung eines BIBS-Antrages auf Verdoppelung der Reinigungsintervalle in den Klassenräumen ließ er [der oberste Saubermann des Rathauses = der Bürgermeister?] eine Mitteilung im Ratssitzungssaal verteilen, wonach die Stadt zusammen mit Hochtitel die Reinigungsintervalle deutlich heraufgesetzt hatte; der BIBS-Antrag hatte sich erledigt.“

Die Hintergründe dieses Verhaltens erschließen sich der Antragstellerin nicht vollständig, weil zu einer abschließenden Bewertung weitere Informationen fehlen. Falls es sich um eine Reaktion auf die Rüge der Antragstellerin gehandelt hat, ist diese nicht geeignet, den gerügten Vergabeverstöß nachträglich zu heilen.



- 27 -

Am 31.05.2011 stimmte der Rat der Stadt Braunschweig einer Zuschlagserteilung an HTS zu.

1.9 Nichtabhilfe

Die Antragsgegnerin hat den von der Antragstellerin geäußerten Rügen nicht abgeholfen, so dass die Antragstellerin nunmehr gezwungen ist, die Vergaberechtsverstöße im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens feststellen zu lassen. Diese Nichtabhilfe hat die Antragsgegnerin allerdings weder mündlich noch schriftlich gegenüber der Antragstellerin bestätigt. Sie hat das Verfahren trotz der Rügen in der angekündigten Weise weiterbetrieben.

1.10 Absageschreiben

Im weiteren Verlauf hat die Antragsgegnerin, wiederum vertreten durch die Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Frankfurt/Main, die Antragstellerin postalisch über die Absicht der Stadt Braunschweig informiert, den Zuschlag auf das Angebot der Hochtief PPP Solutions GmbH zu erteilen. Als frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurde der 19.06.2011 angegeben.

2 Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags

Die Antragstellerin wird durch die Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 und § 114 Abs. 1 GWB verletzt.

2.1 Anwendung des GWB

Anzuwenden ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) in der seit dem 24.04.2009 geltenden Fassung. Die Vergabestelle hat das vorliegende Vergabeverfahren mit europaweiter Bekanntmachung am 29.09.2009 eingeleitet.



- 28 -

2.2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

2.2.1 Öffentlicher Auftraggeber

Es handelt sich bei dem Auftraggeber um eine Gebietskörperschaft und mithin um einen Öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB.

2.2.2 Überschreitung des Schwellenwertes

Der Auftragswert wird, soweit sich die Beteiligten hier an der Barwertberechnung der Auftragsauswertung orientieren, mit über 200 Mio. € angegeben. Es ist davon auszugehen, dass ein vergleichbarer Betrag auch im Rahmen der Kostenschätzung bei Einleitung des Vergabeverfahrens durch die Vergabestelle festgestellt wurde, so dass der Auftragswert den für die Zuständigkeit der Vergabekammer maßgeblichen Schwellenwert nach § 100 Abs. 1 GWB übersteigt. Bei den streitgegenständlichen Leistungen handelt es sich um eine Bauleistung nach der VOB/A.

2.2.3 Antragsbefugnis der Antragstellerin

Die Antragstellerin ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, da sie als Bieterin ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung von Rechten durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, in dem sie vorträgt, der Auftraggeber habe vergaberechtliche Vorschriften, insbesondere die Selbstbindung aus der Verdingungsunterlage nicht beachtet und dadurch eine Entscheidung getroffen, mit der die Antragstellerin gegenüber der HTS benachteiligt wird.

Zur nach § 107 Abs. 2 GWB notwendigen Darlegung eines Schadens muss die Antragstellerin schlüssig vortragen, dass sie bei aus ihrer Sicht vergaberechtskonformer

Gestaltung der Vertragsbedingungen und vergaberechtskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens ohne die rechtswidrige Berücksichtigung des Angebotes der HTS eine Chance auf den Erhalt des Zuschlags besitzt. Es ist demgegenüber nicht erforderlich, dass die Antragstellerin auch schlüssig darlegt, dass sie bei vergaberechtskonformem Verhalten des Auftraggebers den Zuschlag auch tatsächlich erhalten hätte,

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.1999, AZ: 1/99, Seite 24.
VK Niedersachsen, Beschluss vom 05.05.2010 – VgK-12/2010.

Diese Voraussetzung ist erfüllt. Der Antragstellerin wäre, ein Ausschluss der Bieterin HTS angenommen, als einzigem verbleibenden Bieter der Zuschlag zu erteilen. Der in den Unterlagen vorbehaltene Wirtschaftlichkeitsvergleich hätte auch bei dem Angebot der Antragstellerin zu dem Ergebnis eines wirtschaftlichen Vorteils der PPP-Variante gegenüber der Eigenausführung geführt.

Selbst wenn auch das Angebot der Antragstellerin mit Fehlern behaftet wäre, die einen Ausschluß des Angebotes der Antragstellerin gebieten würden, spricht dies nicht gegen einen möglichen Schaden der Antragstellerin im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB. Ihr ist das Recht eingeräumt, insoweit gleichwertige Mängel des Konkurrenzangebotes mit Erfolg vorzutragen und den Ausschluss des Konkurrenzangebotes geltend zu machen,

vgl. Weyand, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Auflage 2011.
§ 107 GWB, Rdn. 3215 ff.

2.3 Vergaberechtsverstöße im Einzelnen

Folgende Vergaberechtsverstöße kann die Antragstellerin beim derzeitigen Stand ihrer Erkenntnisse konkret benennen:



- 30 -

2.3.1 Einbeziehung von HTS in das Vergabeverfahren

Aus verschiedenen Gründen hätte die Antragsgegnerin die HTS nach der Entscheidung, allein mit der Antragstellerin als preferred bidder zu verhandeln, nicht mehr in das Verfahren einbeziehen und sie zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes auffordern dürfen.

2.3.1.1 Ausschluss wegen Nichterfüllung der Mindestbedingungen des 2. Angebotes

Bereits das zweite indikative Angebot der HTS hätte ausgeschlossen werden müssen.

Schon das zweite indikative Angebot war nach der entsprechenden Aufforderung zur Angebotsabgabe, hier der Allgemeinen Verdingungsunterlage, Stand 26.11.2010, unter Beachtung der Vorgaben der Vergabestelle und der Mindeststandards vorzuliegen. Bei den formalen und inhaltlichen Anforderungen unterscheidet sich Kapitel IV der Allgemeinen Verdingungsunterlage, Stand 26.11.2010, nur unwesentlich von Kapitel IV der Allgemeinen Verdingungsunterlage, Stand 30.03.2011.

Die hier nachfolgend aufgeführten Mängel des Angebotes der HTS sind nach Auffassung der Antragstellerin im Wesentlichen bereits Mängel des zweiten indikativen Angebotes. Schon dieses Angebot entsprach mithin nicht den Vorgaben der Vergabestelle, so dass es nicht hätte in das weitere Verfahren mit einbezogen werden dürfen.

In Ziffer IV.3.3.3 der Allgemeinen Verdingungsunterlage vom 26.11.2010 heißt es klar und eindeutig und ohne Ermessensvorbehalt:

„Die Vorgaben der Leistungsbeschreibung gelten als Mindestbedingungen. Angebote, die die Vorgaben der

*Leistungsbeschreibung (Mindestbedingungen) nicht unterschreiten,
werden ausgeschlossen.“*

Offenbar hat die Vergabestelle ihre schon mit der Allgemeinen Verdingungsunterlage vom 26.11.2010 hergestellte Selbstbindung nicht hinreichend berücksichtigt und eine konkrete Bewertung des Angebotes HTS gar nicht durchgeführt. Möglicherweise war diese Vorgehensweise beeinflusst von der Absicht, mit HTS sowieso nicht mehr zu verhandeln und allein auf der Basis der Verhandlungen mit der Antragstellerin zu einem tragfähigen Ergebnis zu gelangen.

Spätestens mit der Entscheidung, HTS zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes aufzufordern, hätte die Vergabestelle aber die Einhaltung aller Vorgaben durch das Angebot prüfen und nur vom Ergebnis dieser Prüfung die weitere Beteiligung von HTS abhängig machen dürfen.

2.3.1.2 Unzulässigkeit der Änderung des Verfahrens zum Nachteil der Antragstellerin

Ein Verfahren, bei dem zunächst mit eine Preferred Bidder verhandelt wird und anschließend andere Bieter ohne Aufklärung und Verhandlung ihrer jeweiligen Angebote auf das Verhandlungsergebnis legen, war weder in der Allgemeinen Verdingungsunterlage mit Stand vom 26.11.2010 noch in der Allgemeinen Verdingungsunterlage mit Stand vom 30.03.2011 vorgesehen. Die Stadt Braunschweig ist offensichtlich selbst davon ausgegangen, dass sie ggfs. mit HTS hätte eigenständige Verhandlungen führen müssen. Dies ergibt sich aus der Mitteilung der Vergabestelle an HTS vom 18.02.2011, in der es u.a. heißt:

*„Die Stadt Braunschweig behält sich jedoch vor, im weiteren
Verfahrensverlauf gegebenenfalls auf das Angebot Ihres Hauses
zurückzukommen und Sie zu Vertragsverhandlungen einzuladen.“*

(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Die in der Folge von HTS ausgesprochene Rüge hat die Vergabestelle nicht dazu berechtigt, das Verfahren „frei“ abzuändern und eine neue Verfahrensart zu erfinden. Erst recht war sie nicht berechtigt, in vergaberechtlich unzulässigen „Hinterzimmergesprächen“ einseitig mit HTS eine neue Verfahrensart, nämlich die weitere Teilnahme am Verfahren ohne Teilnahme an den Verhandlungen, zu vereinbaren.

Bei der geschilderten „freihändigen“ Modifikation des Verfahrens handelt es sich nicht lediglich um eine Formalie. Vielmehr besteht ein gravierender Unterschied zwischen der Qualität einer erneuten Angebotsabgabe nach mehrwöchiger Aufklärung und Verhandlung und der bloßen Einreichung eines preislich „verbesserten“ Angebotes. Dessen waren sich auch die Ersteller der Verdingungsunterlage bewusst. Diese Verdingungsunterlage bezeichnet ausweislich ihrer Ziffer III.3 als maßgeblichen Sinn der Verhandlungen, „(...) den Inhalt der unverbindlichen Angebote zu konkretisieren“.

An diese Vorgabe der Verdingungsunterlage hat sich die Vergabestelle gegenüber der Antragstellerin auch gehalten. So hat sie zur Vorbereitung der Vertragsverhandlungen umfangreiche Kataloge mit Angebotsaufklärungsfragen zu den Themen Planung, Bau und Betrieb erstellt und an SKE per E-Mails am 23. und 24. Februar 2011 versandt. Nach den Vorgaben der Verdingungsunterlagen hätte nicht nur das Angebot von SKE, sondern auch das Angebot von HTS ähnlich intensiv analysiert und durch vergleichbare Fragen aufgeklärt werden müssen. Ohne eine solche Aufklärung durfte es nicht zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes zugelassen werden.

Wir haben schon darauf hingewiesen, dass Verhandlungen zu dem zweiten indikativen Angebot der HTS gezeigt hätten, dass schon das damalige Angebot mit vielen der nachstehend aufgezeigten Verstöße gegen die Verdingungsunterlage behaftet war. Insbesondere gehen wir davon aus, dass die Fragen, die im Rahmen des Aufklärungsgesprächs vom 27.04.2011 an HTS gerichtet wurden, schon vor Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes hätten aufgeklärt werden können und müssen.



- 33 -

Lediglich beispielhaft sei an dieser Stelle auf die nach Abgabe des verbindlichen Angebotes zwischen HTS und der Antragsgewinnerin angeblich vereinbarte „Erhöhung der Reinigungsintervalle“, über die im Internet unter www.braunschweig-online.de berichtet wurde und über die die Ratsmitglieder angeblich erst am Tag der Ratsentscheidung über die Vergabe an HTS informiert wurden. Es liegt auf der Hand, dass sich eine frühzeitige Verständigung über derartige Mängel des HTS-Angebotes preiserhöhend in einem noch einzureichenden verbindlichen Angebot von HTS gespiegelt hätten.

Die Intensität der mit SKE geführten Verhandlungen – und zugleich die Versäumnisse bei der Aufklärung des Angebotes von HTS - zeigt die nachstehend wiedergegebene E-Mail von Herrn Rechtsanwalt Breider vom 07.03.2011, mit der er die Antragstellerin über einen Zwischenstand der Verhandlungsplanung informiert hat:

[...]

Ich nehme Bezug auf unsere Telefongespräche vom 4. März 2011 sowie vom heutigen Tage und darf Ihnen die im Rahmen der Vertragsverhandlungen im Weiteren anstehenden Termine und Inhalte wie folgt bestätigen:

Dienstag, 8. März 2011, von 09:00 Uhr bis 10:16 Uhr

- > Vorbesprechung Vertreter SKE, Stadt, iwb zum Thema Flächenberechnung Grünpflege, Winterdienst

Dienstag, 8. März 2011, von 10:30 Uhr bis 19:00 Uhr

- > Technik: Eit / Brandschutz – Ergebnisse der Nachbegehung im SZ Heldberg
- > Abstimmung Sachstand Planung Ergänzungsneubau
- > Projektvertrag (ab ca. 14:00 Uhr, ggf. bereits früher)

Mittwoch, 9. März 2011, von 09:15 Uhr bis 18:00 Uhr

- > Projektvertrag
- > Finanzierung (ab ca. 14:00 Uhr)

Donnerstag, 10. März 2011, von 09:15 Uhr bis 17:00 Uhr

- > Anmerkungen SKE zur LB Bau und Betrieb



- 34 -

Dienstag, 15. März 2011, von 16:00 Uhr bis 18:00 Uhr

- Besprechungstermin Vertreter SKE, Stadt, Nutzer, IWB zum Thema Planung Ergänzungsneubau NO/RHS

Mittwoch, 16. März 2011, von 10:30 Uhr bis 17:00 Uhr

- Abschlusstermin

[...]"

Darüber hinaus wurde die Antragstellerin im Rahmen der Verhandlungsgespräche wiederholt nachdrücklich darum gebeten, besondere Wünsche der Antragsgegnerin sowie der zukünftigen Nutzer der Schulgebäude in dem noch einzureichenden verbindlichen Angebot zu berücksichtigen. Exemplarisch zitieren wir nachstehende eine E-Mail von Herrn Rechtsanwalt Breider vom 11.03.2011:

„[...] wie soeben besprochen sowie unter Bezugnahme auf den unten stehenden Sachverhalt, müsste in der Heinrich-Büssing-Schule (BBS II) spätestens in den Sommerferien 2011, d.h. also bis zum 17. August 2011, der Raum 306 hergerichtet werden, um einen ordnungsgemäßen Schulbetrieb aufrechtzuerhalten. Wie vereinbart darf Sie bitten zu prüfen, ob und unter welchen Prämissen es denkbar wäre, dass diese die Maßnahme bereits durch SKE in den Sommerferien durchgeführt werden könnte (einen planmäßigen Vertragsbeginn zum 15. Juli 2011 unterstellt).“

Die Antragstellerin hat daraufhin den Bauablauf dem Kundenwunsch entsprechend umgeplant.

Anschaulich wird die Mehrbelastung der Antragstellerin aufgrund der Stellung als Preferred Bidder auch an der Fortschreibung des Entwurfs für den Ergänzungsneubau der Ricarda-Huch-Schule. Auf Bitten der Antragsgegnerin reiste der Architekt, der die



- 35 -

Planung für diesen Neubau erstellt hatte, extra von Düsseldorf aus nach Braunschweig, um seinen Entwurf zu präsentieren und mit den zukünftigen Nutzern zu diskutieren. Dabei äußerten die Nutzer umfangreiche Änderungswünsche, bis hin zu einer kompletten Neuausrichtung des Gebäudes (siehe auch die in den Vergabeakten vorhandene schriftliche Stellungnahme von SKE hierzu vom 21.03.2011). Teilweise wurden die Änderungswünsche von SKE in dem verbindlichen Angebot aufgegriffen und in Form von Umplanungen des Entwurfs umgesetzt.

Schließlich hatte die Antragstellerin durch die intensiven Verhandlungen einen extrem hohen Aufwand und war kapazitätsmäßig gebunden. Sie hat damit die für den Projekterfolg unerlässliche „Basisarbeit“ durchgeführt.

Es liegt nach Durchsicht der einschlägigen Allgemeinen Verdingungsunterlage auf der Hand, dass der Wettbewerb zwischen den beiden Bieterinnen durch die geschilderte Verfahrensdurchführung und die damit verbundene Ungleichbehandlung in einer Weise verzerrt wurde, die weder von der konkreten Verdingungsunterlage noch vom Vergaberecht überhaupt gedeckt war.

2.3.1.3 Selbstbindung an exklusive Verhandlung mit der Antragstellerin als Preferred Bidder

Die allgemeine Verdingungsunterlage hat der Antragsgegnerin die Möglichkeit eingeräumt, zwischen der Verhandlung mit einem und mit mehreren Bietern zu wählen. Diese Wahl wurde von der Vergabestelle ausgeübt. Eine den Vergabeunterlagen und der sich daraus ergebenden Selbstbindung der Vergabestelle genügenden Wiedereinbeziehung von HTS in das Verfahren wäre, nachdem einmal die Entscheidung getroffen worden war, ausschließlich mit der Antragstellerin als Preferred Bidder zu verhandeln, nur zulässig gewesen, wenn die Verhandlungen mit der Antragstellerin hierzu einen Anlass gegeben hätten.



- 36 -

Grundsätzlich verpflichtet sich der Auftraggeber, der die preferred bidder-Strategie verfolgt, dazu, nach der Auswahl des preferred bidder mit diesem allein die Verhandlungen zum Ende zu führen und nur diesen zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Verhandlungen mit dem preferred bidder nicht zum Ziel geführt haben,

Leinemann/Kirch, ÖPP-Projekte, 1. Auflage 2006, S. 107;
Haak/Preissinger, in: Willenbruch/Wiedelkind, Vergaberecht, 2. Auflage
2011, 3. Los, Rdn. 137; Kulartz, in: Kulartz, Kus, Portz, GWB-
Kommentar, 2. Auflage 2009, § 101 Rdn. 44.

Dies gilt umso mehr, als die Antragstellerin durch die gewählte Vorgehensweise gegenüber HTS benachteiligt wurde.

Hätte die Antragstellerin gewusst, dass ein Mitbewerber auch nach erfolgreichen Verhandlungen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, hätte sich die Antragstellerin in den Verhandlungen anders verhalten. Insbesondere hätte sie auf viele Detailsabreden (z.B. mit den Schulleitern und den Nutzer, die noch im Sommer 2011 eine Sanierung einzelner Räume wünschten) zu diesem Zeitpunkt noch verzichten können. Die Antragstellerin hat diesen Aufwand nur betrieben, weil ihr vermittelt wurde, dass nur sie mit dem zweiten Angebot die (finanziellen) Zielvorgaben der Vergabestelle (hier den PSC) unterschritten hat und dass, vorausgesetzt der PSC würde auch im verbindlichen Angebot angemessen unterschritten, der Auftrag an die Antragstellerin erteilt werden würde.

Außerdem hat die Antragstellerin einen extrem hohen Aufwand betrieben, um die Verdingungsunterlagen schlüssig zu gestalten. So hat die Antragstellerin eine Vielzahl von Dokumenten mehrfach kommentiert und als mark-up-Version an die Vergabestelle versandt. Erst dadurch wurde eine wirtschaftlich sinnvolle Vertragsgrundlage geschaffen, in der u.a. bis dahin unbedachte Doppelbesteuerungen und -versicherungen vermieden wurden. Diese zum Teil umfangreichen Änderungen sind in den §§ 51 ff. des



- 37 -

Projektvertrages sowie in der Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb dokumentiert. Damit hat die Antragstellerin – im Glauben (alleiniger) Preferred Bidder zu sein – wesentliche Aufgaben der Vergabestelle übernommen. Wie hoch der Aufwand der Antragstellerin war, wird leicht an den Dokumenten deutlich, die Herr Rechtsanwalt Breider am 01.04.2011 per E-Mail an die Antragstellerin, verbunden mit der Aufforderung zur Einreichung eines verbindlichen Angebotes, versandt hat. Soweit sie im Änderungsmodus erstellt wurden, dokumentieren diese nämlich das Ergebnis der Verhandlungen und damit den Umfang des von der Antragstellerin in das Verfahren eingebrachte know-hows. Diese Unterlagen findet die Vergabekammer in den Vergabeakten. Alternativ dazu hätte die Antragstellerin auch mit deutlich geringerem Aufwand Bieterfragen stellen und Unschlüssigkeiten der Verdingungsunterlagen rügen können.

Nach allem hat die Vergabestelle das Vergabeverfahren so gestaltet und die Vorgehensweise so nach außen gegenüber der Antragstellerin kommuniziert, dass diese von einer alleinigen Bieterstellung im Rahmen der Verhandlungen ausgehen konnte. Damit hat die Vergabestelle eine Selbstbindung geschaffen, von der sie nicht ohne Weiteres wieder abrücken durfte. Sie war nach allem verpflichtet, allein die Antragstellerin zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes aufzufordern und war gehindert, HTS ohne weiteres in einer Warteschleife zu „parken“ und unter Missachtung der Vorgaben zur Verfahrensgestaltung – gleichsam in letzter Minute – wieder in das Verfahren einzubeziehen,

*zuletzt zu den Mindestbedingungen und zur Selbstbindung OLG
Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2010 - Verg 46/09.*

2.3.1.4 Unzulässigkeit der Anpassung von Verdingungsunterlagen nach Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote

Ebenso stellt das mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 31.03.2011 unterbreitete Angebot, HTS die Verdingungsunterlagen zu erläutern und die Unterlagen entsprechend



- 38 -

den Wünschen von HTS nachfolgend anzupassen, eine von der allgemeinen Verdingungsunterlage nicht gedeckte Vorgehensweise dar, die darüber hinaus dazu führte, dass die Angebote der Antragstellerin und der HTS nicht mehr vergleichbar waren. Tatsächlich wurden die Unterlagen noch in namhaftem Umfang verändert und auf die Anforderungen der HTS hin angepasst.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Modifikation der „abnahmefähigen Teilabschnitte“ in § 30.8 des Projektvertrages und das Zugeständnis an HTS, abweichend von der allgemeinen Verdingungsunterlage, eine Projektgesellschaft als Auftragnehmerin benennen zu dürfen.

Damit leidet das Verfahren an einem fundamentalen Fehler, denn hier hat die Vergabestelle massiv gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und gegen den Grundsatz der Transparenz des Verfahrens verstoßen.

2.3.1.4.1 Vorgaben aus der Allgemeinen Verdingungsunterlage

In der allgemeinen Verdingungsunterlage, Stand 30.03.2011 heißt es unter Ziffer 3.1.1 klar und eindeutig:

„Der Entwurf des Projektvertrages einschließlich der zugehörigen Anlagen sowie der Entwurf des Personalbeistellungsvertrages einschließlich der zugehörigen Anlagen bilden die Grundlage für das verbindliche Angebot und sind unverändert zu übernehmen.“

Diese Vorgabe war auch sachgerecht, weil die Verdingungsunterlagen Ergebnis einer aufwendigen Abstimmung zwischen den Vertretern der ausschreibenden Stelle, den zukünftigen Schulnutzern, den auf Seiten der Stadt Braunschweig beteiligten Fachabteilungen und – speziell hier – der Antragstellerin als dem Preferred Bidder waren.



- 39 -

2.3.1.4.2 Tatsächlich durchgeführtes Verfahren

Der Vergabekto ist jedoch zu entnehmen, dass HTS nach Versendung der Verdingungsunterlagen am 31.03.2011 um eine Anpassung einzelner Regelungen des Projektvertrages sowie der Anlagen der Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb gebeten hat.

Im Rahmen ihrer Akteneinsicht hat die Antragstellerin festgestellt, dass die Vergabestelle nach dem 01.04. auf Bitten von HTS eine zweite Version des Projektvertrages erstellt hat, in der die „abnahmefähigen Teilabschnitte“ entsprechend den Planungen von HTS neu gruppiert worden sind.

Zuvor hatte HTS offensichtlich unter anderem darum gebeten, die Liste der testatfähigen Gebäude- bzw. Gebäudeabschnitte gemäß § 30.7 des Projektvertrages sowie die Liste der abnahmefähigen Teilobjekte gemäß § 30.8 des Projektvertrages anzupassen. Die Antragstellerin und die Stadt Braunschweig hatten sich in den mehrwöchigen Verhandlungen zuvor darauf verständigt, dass und welche Gebäude nach ihrer Fertigstellung einzeln testatfähig und damit anschließend für die Stadt Braunschweig nutzbar sein sollen.

Während der ursprüngliche Projektvertrag davon ausging, dass - unabhängig von einer Testatserteilung gemäß § 30.7 - eine Abnahme erst nach Fertigstellung sämtlicher Gebäude eines Vertragsobjektes (= alle Gebäude einer Schule) erfolgen könne, sah der neue Projektvertrag nun in § 30.8 „Teilobjektbezogene Abnahmen“ vor. Allerdings konnten nach dieser Regelung nur bestimmte, verbindlich vorgegebene Gebäude bzw. Gebäudeabschnitte zu abnahmefähigen Teilabschnitten zusammengefasst werden.

Durch die Bildung der „abnahmefähigen Teilabschnitte“ wurde es den Bietern ermöglicht, bereits vor Fertigstellung sämtlicher Gebäude eines Objektes die Vergütungsansprüche für einzelne Gruppen von fertiggestellten Teilobjekten fällig zu stellen und zu forfizieren. Im



- 40 -

Ergebnis können dadurch Zwischenfinanzierungskosten eingespart werden, und es wird ein vorzeitiger Wechsel in die langfristige Finanzierung ermöglicht. Die Regelungen spielen für die Kalkulation und die Preisbildung durchaus eine nicht unerhebliche Rolle und sind daher keinesfalls von untergeordneter Bedeutung. Eine Abänderung dieser Gestaltung zu Gunsten der HTS im Nachgang zur Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots kam daher nicht in Betracht.

Jede Änderung der vorgegebenen Abschnitte hat unmittelbaren Einfluss auf die Finanzierungskosten und somit auf die Vergleichbarkeit der Angebote.

Zudem waren die Abschnitte mit der Vergabestelle und den Nutzern abgestimmt und daher Bestandteil der verbindlichen Vorgabe des Projektvertrages.

Gleichwohl hat die Vergabestelle genau diese Festlegungen nach der Aufforderung an die Bieter, ein Angebot abzugeben, einseitig mit dem Bieter HTS verhandelt und abgeändert.

2.3.1.4.3 Vergabeverstoß

Die geschilderte Vorgehensweise der Vergabestelle war nicht nur unzulässig, weil dadurch die Vergleichbarkeit der Angebote aufgehoben worden ist. Vielmehr hat die Vergabestelle durch diese Abänderung auch gegen die - noch einmal zu benennende - folgende Regelung unter Ziffer IV.3.1.3 „Finanzierungskonzept“ der Allgemeinen Verdingungsunterlage verstoßen:

„Die Abnahme einzelner Gebäude innerhalb eines Objektes bzw. Standortes und/oder einzelner Baumaßnahmen an den Objekten ist – soweit im Projektvertrag nicht ausdrücklich abweichend geregelt – ausgeschlossen.“



- 41 -

2.3.1.5 Fehlende Eignung des Bieters HTS

Aufgrund der internen Umstrukturierungen war die ursprünglich präqualifizierte Bieterin nicht mehr geeignet, die Leistungen zu erbringen. Gegenüber dem Zeitpunkt, zu dem die Eignung der Bieter im Teilnahmewettbewerb geprüft (und bestätigt) wurde, sind namentlich bei der HTS wie im gesamten Hochtief-Konzern erhebliche Umstrukturierungen erfolgt, die auf die Eignung maßgeblichen Einfluss haben.

Immerhin soll zumindest das Airport Geschäft von Hochtief Concession verkauft werden. Dieses repräsentiert rund 80% des Umsatzes der Gesellschaft. Ein Börsengang der gesamten Hochtief Concessions ist letztlich daran gescheitert, dass die Marktteilnehmer Zweifel an der Wirtschaftlichkeit der übrigen Unternehmensteile hatten.

Die Vergabestelle hätte deshalb die Geeignetheit des Bieter nach Veröffentlichung dieser Informationen nach Maßgabe der Präqualifikationsunterlagen vollständig neu überprüfen müssen. Diese ergänzende Prüfung der Eignung ist aber nicht erfolgt, so dass hier der Zuschlag auf das Angebot eines ungeeigneten Unternehmens erteilt werden soll.

2.3.2 Kein vollständiges und den Mindestbedingungen entsprechendes Angebot

Die HTS hat kein vollständiges und den Mindestbedingungen entsprechendes Angebot abgegeben.

2.3.2.1 Vorbemerkung

Die Antragstellerin hat in der Zeit vom 24. Februar bis Ende März in mehr als 10 Verhandlungsterminen mehrere Wochen intensiv (mit von Seiten der Antragstellerin bis zu 10 Personen) über wesentliche Grundlagen des Vertrages verhandelt. Unter anderem wurden der Antragstellerin die Wünsche der zukünftigen Nutzer des ausgeschriebenen Neubaus zu dessen Gestaltung nahe gebracht, verbunden mit der Aufforderung, die

- 42 -

bisherige Planung entsprechend anzupassen. Gleiches gilt im Hinblick auf Wünsche von Nutzern der Bestandgebäude zum zeitlichen Ablauf der Sanierungsmaßnahmen. Im Ergebnis hat die Vergabestelle sowohl in der Allgemeinen Verdingungsunterlage als auch im Projektvertrag und seinen Anlagen sowie in den Preistabellen eine Vielzahl von Klarstellungen vorgenommen.

Die Antragstellerin ist in der Folge mit Schreiben vom 31.03.2011 aufgefordert worden, bis zum 14.04.2011 ein Angebot abzugeben.

Offensichtlich ist auch HTS mit Schreiben vom 31.03.2011 zur Angebotsabgabe bis zum 14.04.2011 aufgefordert worden. Dies jedoch, ohne dass zuvor mit ihr Verhandlungen zur Aufklärung und Konkretisierung ihres unverbindlichen Angebotes geführt worden sind. HTS war mithin an ganz wesentlichen Verhandlungen, die die Antragstellerin zu den Verdingungsunterlagen, auf deren Basis das Angebot abgegeben werden sollte, geführt hat, nicht beteiligt, hatte deren Ergebnisse gleichwohl in ihrem Angebot zu berücksichtigen.

Außerdem musste das Angebot unter Verwendung der geänderten Preistabellen erstellt werden, wozu schon rein technisch ein mehrwöchiger Anpassungszeitraum notwendig war. Dem Umfang der Änderungen in den Verdingungsunterlagen veranschaulicht das Dokument „Übersicht Veränderung Vergabeunterlagen“ vom 30.03.2011, das der Aufforderung zur Angebotsabgabe beigelegt war, ebenso wie die mark-up Versionen der einschlägigen Dokumente. Um ein ausschreibungskonformes Angebot erstellen zu können, hätte die HTS nach Einschätzung der Antragstellerin mindestens einen Bearbeitungszeitraum von vier Wochen benötigt.

Darüber hinaus ist es nicht möglich gewesen, in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit ausschreibungskonforme Finanzierungsangebote einzuholen, die auf die aktualisierten Verdingungsunterlagen Bezug nehmen und – wie in der Allgemeinen Verdingungsunterlage gefordert – keinerlei Bedingungen enthalten.



- 43 -

Vor diesem Hintergrund ist es aus Sicht der Antragstellerin schlicht ausgeschlossen, dass HTS in der zur Angebotsbearbeitung verbleibenden Zeit ein vollständiges und den Mindestbedingungen in jeder Hinsicht entsprechendes Angebot abgegeben hat.

Die vorliegende Gestaltung der Vergabeunterlagen beinhaltet die Verpflichtung, umfangreiche Preisblätter für die verschiedenen Leistungsarten

- Bau/Sanierung
- Instandhaltung
- Betrieb

vorzulegen; zudem waren die Bieter vertraglich verpflichtet, ihren Nachunternehmern gerade bei den Betriebsleistungen die gesetzlichen Mindestlöhne zu zahlen. Dieser Aspekt spielt auch bei der Stadt Braunschweig eine herausgehobene Rolle.

Vor diesem Hintergrund muss das Angebot, um wertungsfähig zu sein, darstellen, dass sämtliche Mindestlohnbestimmungen eingehalten werden. Zudem muss sich aus dem Angebot und den Angebotspreisen erkennen lassen, dass der Bieter überhaupt im Stande ist, dauerhaft einen Betrieb unter Beachtung der Mindestlöhne zu sichern. Die Antragstellerin will hier nicht unterstellen, dass die Stadt Braunschweig schenden Auges ein Angebot beauftragen will, in dem die dauerhafte Unterschreitung von Mindestlöhnen schon durch die Angaben in den Preisblättern angelegt ist. Gleichwohl scheint die in der Presse „*neue Braunschweiger*“ zitierte Auffassung des Herrn Stegemann, HTS habe wohl wegen ihrer Verbindungen zur Stadt Braunschweig auf Teile der Gewinnmarge verzichtet, etwas zu kurz zu greifen, um die offenkundige Unterkalkulation im Bereich der Betriebsleistungen vergaberechtlich zu rechtfertigen.

KAPELLMANN
UND PARTNER
RECHTSANWÄLTE

- 44 -

Außerdem müssen die Angaben in den Preistabellen in sich schlüssig sein, um überhaupt wertungsfähig zu sein. Dies insbesondere deshalb, weil der Projektvertrag bei vielen unterschiedlichen Fallkonstellationen, die während der 25-jährigen Laufzeit auftreten können, einen Rückgriff auf die angebotenen Preise gebietet, so z.B. bei der Inflationsanpassung oder bei der Anpassung des Leistungsumfanges. Angebote, die diese geforderte Transparenz nicht gewähren, sind von der Vergabestelle auszuschließen, weil sie den verbindlichen Vorgaben an ein wertungsfähiges Angebot nicht gerecht werden.

Schließlich muss die Antragstellerin wegen des Umstands, dass HTS zunächst nicht zu Verhandlungen aufgefordert wurde, davon ausgehen, dass deren zweites unverbindliches Angebot sowohl qualitativ als auch wirtschaftlich deutlich hinter dem Angebot der Antragstellerin zurück blieb. Anderenfalls hätte sich die Vergabestelle – wie in der allgemeinen Verdingungsunterlage vorgesehen – entschieden, mit beiden Bietern Verhandlungen aufzunehmen.

Die daraufhin nur mit der Antragstellerin geführten Verhandlungen führten in vielen Bereichen, insbesondere bei den Leistungen im Zusammenhang mit Versicherungen und Brandschutz tatsächlich zu einer deutlichen Erhöhung der Leistungsanforderungen. Deren wertmäßigen Umfang bezifferte die Stadt Braunschweig selbst mit 7,4 Mio. € und passte daraufhin ihre Schätzung der Eigenrealisierungskosten (PSC) entsprechend (nach oben) an.

Wenn HTS die Erhöhung der Leistungsanforderungen innerhalb der wenigen zur Kalkulation zur Verfügung stehenden Tage berücksichtigt hätte, wäre zu erwarten gewesen, dass deren Angebot noch unwirtschaftlicher geworden wäre. Eine weitere Senkung des Preises unter das Niveau, das HTS selbst im Vorfeld als nicht darstellbar bezeichnet hatte, legt dagegen nahe, dass dem Angebot gar keine Kalkulation, sondern lediglich eine Spekulation zugrunde liegt. Dafür spricht auch die Willkürlichkeit der Eintragungen in die Preisblätter, die dementsprechend als Grundlage einer 25-jährigen Vertragsbindung nicht geeignet sind.



- 45 -

Obwohl auch die Antragstellerin ihr Angebot nochmals optimiert hat, lassen die Veröffentlichung der Stadt Braunschweig nun darauf schließen, dass HTS das Angebot der Antragstellerin zumindest preislich deutlich unterboten hat. Eine solch extreme Veränderung des Angebotspreises legt den Verdacht nahe, dass die im Vergleich zu dem Angebot der Antragstellerin ohnehin unzureichende Qualität der von HTS angebotenen Leistungen weiter unter die Mindestanforderungen der Ausschreibung reduziert wurde.

Dies umso mehr, als HTS – wie erwähnt - schon vor Abgabe des zweiten unverbindlichen Angebotes und dann nochmals mit ihrer Rüge deutlich gemacht hat, dass ihrer Einschätzung nach die ausgeschriebenen Leistungen nicht zu dem von der Stadt Braunschweig avisierten Preis erbracht werden können.

Der bereits in der Rüge der Antragstellerin vom 13.05.2011 vorgenommene und nachstehend nochmals wiedergegebene Barwertvergleich lässt eine deutliche Unterkostenkalkulation im Leistungsbereich Betrieb erkennen, so dass davon auszugehen ist, dass das Angebot der HTS die Anforderungen der Mindestbedingungen nicht erfüllt.

Nebenbei bemerkt sind bekanntlich auch Angebote, bei denen der Bieter Phantasiepreise einträgt, auszuschließen. Das bloße Vorhandensein irgendwelcher Preise kann eine vergabegerechte Vorlage der Unterlagen, hier der Preislisten, nicht begründen.

2.3.2.2 Vorgaben aus der Verdingungsunterlage

Wir hatten die wesentlichen Teile der Verdingungsunterlage bereits dargestellt. Die Vergabestelle hat hohe formale Anforderungen an das Angebot gestellt und entsprechende Mindestbedingungen definiert. Grundsätzlich musste das Angebot vollständig sein. Zwar hat sich die Antragsgegnerin vorbehalten, ergänzende Unterlagen, Angaben und Erklärungen nachzufordern, die zur Prüfung und Wertung des Angebotes erforderlich sind. Nach Kenntnis der Antragstellerin hat sie von diesem Vorbehalt allerdings keinen



- 46 -

Gebrauch gemacht. Aus Ziffer IV.3.3.1 der Allgemeinen Verdingungsunterlage ergibt sich im Übrigen, dass Angebote ausgeschlossen werden können, wenn die in der Allgemeinen Verdingungsunterlage geforderten Unterlagen, Angaben und Erklärungen nicht enthalten sind. Zwar behält sich die Antragsgegnerin auch insoweit vor, Bieter zur Vervollständigung ihrer Angebotsunterlagen aufzufordern. Voraussetzung ist allerdings, dass die Unvollständigkeit nach Einschätzung des Auftraggebers Punkte betrifft, die unter Wettbewerbsgesichtspunkten von untergeordneter Bedeutung sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber, dass Unterlagen, die unter Wettbewerbsgesichtspunkten von Bedeutung sind, nicht nachgefordert werden dürfen. Unabhängig davon ist es auch zu einer solchen Vervollständigungsverfahren nach Kenntnis der Antragstellerin nicht gekommen.

Schließlich führt gemäß Ziffer IV.3.3.2 der Allgemeinen Verdingungsunterlage eine Änderung an den Verdingungsunterlagen ebenfalls zum Ausschluss, wobei insbesondere die Vornahme von Veränderungen am Text der Leistungsbeschreibung Bau und Betrieb, am Text des Entwurfs des Projektvertrages, einschließlich der dazugehörigen Anlagen, am Text des Entwurfs des Personalbeistellungsvertrages oder am Text der Anlagen, insbesondere am Text des Angebotsformulars und der Preistabelle sowie der weiteren dort genannten Formblätter ausgeschlossen ist.

2.3.2.3 Rechtliche Ausgangslage

Weicht ein Bieter im Verhandlungsverfahren von den Vorgaben der Vergabestelle ab oder ist sein Angebot unvollständig, ist der Bieter vom weiteren Verfahren auszuschließen.

Auch im Verhandlungsverfahren gelten die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs uneingeschränkt. Daher müssen Angebote, die von den geforderten Maßgaben abweichen und hinter diesen zurückbleiben, zwingend ausgeschlossen werden,



- 47 -

BGH, Urteil vom 01.08.2006, X ZR 115/04; OLG München, Beschluss vom 29.09.2009 – Verg 12/09.

Auch das Fehlen von Preisangaben und mithin von geforderten Angaben führt zum Ausschluss des Angebotes, jedenfalls dann, wenn es sich dabei um das verbindliche Angebot handelt,

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.09.2009 – VII Verg 28/09.

Das gilt erst recht dann, wenn die Antragsgegnerin als Vergabestelle entsprechende Vorgaben formuliert und auf die Ausschlussfolge hinweist. Dann hat sie sich selbst gebunden mit der Konsequenz, dass ein späteres Abtücken nicht in Betracht kommt und die Vergabestelle diese selbst gestellten Vorgaben beachten muss.

Danach hätte das Angebot HTS aus verschiedenen Gründen, auf die wir nachfolgende eingehen, ausgeschlossen werden müssen.

2.3.2.4 Änderung der Verdingungsunterlage durch Änderung der Bauabschnitte

HTS wurde aufgefordert, auf das Verhandlungsergebnis mit dem Preferred Bidder ein Angebot zu legen. Teil des Verhandlungsergebnisses waren die gemäß § 30 des Projektvertrages testierfähigen Bauabschnitte und die Planung der Baugenehmigungsdauern.

Auf Wunsch von HTS hat die Antragsgegnerin nach der Aufforderung zur Abgabe des verbindlichen Angebots einen gesonderten Projektvertrag ausgefertigt, der auf die Bauablaufplanung von HTS zugeschnitten war und der eine eigene Planung der Genehmigungsdauer vorsieht.



- 48 -

Damit widerspricht das Angebot den Anforderungen der Verdingungsunterlage. Das gilt auch dann, wenn die Vergabestelle die Änderung gutgeheißen oder sogar daran mitgewirkt hat. Auch die Vergabestelle kann aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung von den Selbstbindungen aus der Vergabeunterlage, wonach die Bieter nur auf die mit der Antragstellerin verhandelte Version des Vertrages bieten durften, nicht abrücken.

Im Übrigen waren die Angebote nach Bildung von unterschiedlichen „abnahmefähigen Teilabschnitte(n)“ nicht mehr vergleichbar, da die Anzahl und Größe der Teilabschnitte unmittelbare Auswirkungen auf die Kosten der Zwischen- und Endfinanzierung hat. Zu diesem Punkt haben wir an anderer Stelle vertieft ausgeführt.

2.3.2.5 Änderung des Projektvertrages durch Gestattung einer Projektgesellschaft

Die Möglichkeit, das Angebot durch eine Projektgesellschaft zu legen, wurde im letzten Stand der Allgemeinen Verdingungsunterlage ausdrücklich gestrichen und war mithin nicht mehr zulässig. Das ist klar und eindeutig formuliert.

Nach der einschlägigen Vorlage für den Rat der Stadt Braunschweig soll der Zuschlag an HTS und nicht an eine Projektgesellschaft erteilt werden. Der im Internet veröffentlichte Entwurf eines Projektvertrages legt demgegenüber einen Vertragsabschluss mit einer Projektgesellschaft nahe.

Hier wird das Verfahren komplett intransparent.

- Es ist nicht ersichtlich, über welche Themen mit welchen Ergebnissen die Vergabestelle und HTS nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder gar nach Einreichung des verbindlichen Angebotes verhandelt haben.



- 49 -

- Es ist nicht klar, ob sich HTS in seinem zweiten unverbindlichen oder in seinem verbindlichen Angebot entgegen der Allgemeinen Verdingungsunterlage vorbehalten hat, den Auftrag durch eine Projektgesellschaft ausführen zu lassen. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre aufzuklären, warum der dem Rat der Stadt Braunschweig vorgelegte Entwurf nicht HTS als Auftragnehmerin benennt.
- Es ist nicht klar, ob die dem Angebot der HTS beigefügten Finanzierungszusagen eine Finanzierung von HTS oder einer Projektgesellschaft gelten.
- Es ist nicht klar, ob es Absprachen zwischen der Vergabestelle und HTS gibt, die die Bieterin des Verfahrens nicht zu ändern, aber zu gestatten, den Auftrag später durch eine noch zu gründende Projektgesellschaft erbringen zu lassen.
- Die Solvenz der gemäß des im Internet veröffentlichten Vertragsentwurfs sicherungsgebenden Gesellschaften ist angesichts der Umstrukturierungen im Hochtief-Konzern fraglich. Prüfbermerkungen hierzu finden sich in der Akte nicht.
- Ebenso fraglich ist, ob die auftragnehmende Gesellschaft in der Lage ist, die geforderten Sicherheiten zu stellen.

Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass es sich bei dem Entwurf lediglich um einen Vorschlag von HTS gehandelt hat, der später von der Vergabestelle abgelehnt wurde, wäre dies ein Indiz, dass die Vergabestelle mit HTS noch nach der Aufforderung zu Angebotsabgabe Verhandlungen geführt hat. Außerdem wäre dann zu klären, warum dieser Entwurf dem Rat der Stadt Braunschweig zugeleitet wurde.

Ein solches Verfahren war nicht vorgesehen und ist auch nicht dokumentiert.



- 50 -

Wirtschaftlich ist die Vergabe an eine Projektgesellschaft nicht vergleichbar mit der Vergabe an ein operativ tätiges Unternehmen. Im Rahmen der Präqualifikation mussten die Bieter ihre eigene sowie die Leistungsfähigkeit der von ihnen benannten Nachunternehmer umfangreich nachweisen. Für das weitere Verfahren wurden auf dieser Basis nur Unternehmen zugelassen, die sowohl wirtschaftlich als auch fachlich geeignet waren, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Dies gilt nicht automatisch für von solchen präqualifizierten Gesellschaften gegründete Projektgesellschaften. Deshalb war die Frage, ob die Möglichkeit der Auftragserteilung an eine Projektgesellschaft bei Vertragsabschluss oder aber zu einem späteren Zeitpunkt aus den Verdingungsunterlagen gestrichen werden kann, Gegenstand der Vertragsgespräche mit SKE. Dabei hat die Vergabestelle deutlich gemacht, dass sie eine direkte Beauftragung an SKE wünschenswert und auch unter wirtschaftlichen Aspekten erstrebenswert finde. Deshalb ist SKE der Antragsgegnerin entgegen gekommen und hat sich mit ihr im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf eine verbindliche Streichung der Möglichkeit zur Gründung einer Projektgesellschaft in den Verdingungsunterlagen verständigt, ohne weitere Gespräche über Rahmenbedingungen und Sicherungskonzepte für eine solche Projektgesellschaft zu führen. Hätte die Antragstellerin die in dem Vertragsentwurf dargestellten Rahmenbedingungen gekannt, die die Antragsgegnerin an eine Projektausführung durch eine Projektgesellschaft stellt, hätte sie nochmals geprüft, welche wirtschaftlichen Vorteile eine solche Vertragsgestaltung für sie gebracht hätte.

2.3.2.6 Stichtag Referenzzinssätze

2.3.2.6.1 Vorgaben der Vergabestelle

Gemäß der Allgemeinen Verdingungsunterlage, dort Ziffer IV.3.1.3,