

Vergabe in Frankreich - PPP in Frankreich

11.06.2007, 10:08 | Politik, Recht & Gesellschaft

Pressemitteilung von: *Morabito, Brognier & Condamy*

Einführung:

Die öffentlichen Stellen haben bei Beschaffungsvorgängen mehrere Möglichkeiten, Aufträge zu vergeben: sie können entweder selbstständig tätig werden und hierfür bestimmte Handlungseinheiten gründen oder die Aufgabenerfüllung vertraglich einer Person oder Personengruppe, die im privaten Sektor tätig ist, übertragen. Vertragliche Übereinkommen zwischen öffentlichen Stellen und privaten Unternehmen erfolgen in Frankreich grundsätzlich nach zwei Formen: entweder in Form von Vergabeverträgen nach den Regeln des Vergaberechts („marchés publics“) oder in Form von Konzessionen („délégations de service public“).

Unter einem Vergabevertrag ist eine gegenseitige Vereinbarung zu verstehen, nach der die Unternehmen den öffentlichen Stellen eine Leistung anbieten und im Gegenzug dafür ein Entgelt erhalten. Die Beziehungen zwischen beiden Vertragspartnern werden ausschließlich nach den Regelungen des Vertrages und des französischen Vergaberechts bestimmt.

Gemäß Art. 38 Abs. 1 der sog. „Loi Sapin“ („Loi N° 93-122 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques du 29.01.1993“) wird hingegen die Konzession als eine Art der Aufgabenerledigung, mittels derer die Erfüllung eines „service public“ vertraglich einem Dritten anvertraut wird, der sich aus der Wahrnehmung des Dienstes teilweise auf eigenes Risiko finanziert, definiert. Im Bereich des „service public“ erledigt der Konzessionär die ihm übertragene Verwaltungsaufgabe an Stelle des eigentlich zuständigen und dementsprechend entlasteten Aufgabenträgers zum Teil auf eigene Kosten und eigene Rechnung („à ses risques et ses périls“). Die Unterscheidung zum herkömmlichen öffentlich-rechtlichen Auftrag erfolgt hauptsächlich anhand der Vergütung des Betreibers. Bei einem gewöhnlichen Vergabeauftrag erhält der Auftragnehmer sein Entgelt ausschließlich vom Auftraggeber, während bei einer Konzession der Auftragnehmer zumindest einen Teil seiner Vergütung (zumindest 20 %) vom Nutzer erhält. Die Vergütung des Unternehmens erfolgt mithin zumindest teilweise aus der Betreibung der öffentlichen Aufgabe. Angesichts der beherrschenden Stellung des konzessionsgewährenden Verwaltungsträgers wird die „concession du service public“ am ehesten zwischen der Beleihung und der klassischen Verwaltungshilfe des deutschen Rechts angesiedelt.

Wichtigstes Merkmal der „délégation du service public“ ist, dass sich die delegierende Staatsbehörde nicht ihrer staatlichen Verantwortung entledigen kann. Die Qualifizierung einer Aufgabe als „service public“ ist gekennzeichnet durch die Rechtsfolge der Aufgabenmonopolisierung beim Staat und der Anwendung eines öffentlich-rechtlichen, die Regeln des gemeinen Wirtschafts- und Wettbewerbsrechts mehr oder weniger verdrängenden Sonderrechtsregimes, das auch und gerade dann zum Tragen kommt, wenn Privatunternehmen als konzessionierte Träger mit der Aufgabenerledigung betraut werden. Der „service public“, d.h. die Ausführung staatlich obliegender Verwaltungsaufgaben durch Dritte, zeichnet sich also durch eine besondere organische oder institutionelle Anbindung („rattachement oder dépendance organique“) an den Staat bzw. die Kommune oder die EPIC's sowie dadurch aus, dass die betreffende Leistung auch im Fall ihrer Erfüllung durch Private der staatlichen Beherrschung unterliegt. Der Konzessionär ist lediglich in die Erfüllung staatlicher oder kommunaler Angelegenheiten eingebunden. Der „service“ bleibt eine staatliche bzw. kommunale Aufgabe. Dies unterscheidet die Konzession von der Erledigung lediglich untergeordneter Hilfstätigkeiten und Nebenleistungen („exploitation des services“), bei denen der Private nicht in die Erfüllung des eigentlichen „service public“ eingebunden wird. Kennzeichen der Konzession ist daher ein ausgeprägtes Abhängigkeitsverhältnis des Konzessionärs vom Konzedenten. Der Betrauungs- oder Übertragungsakt der Konzession wird heute überwiegend als eine Mischung bzw. Kombination aus einseitig-hoheitlicher Regelung und verwaltungsrechtlichem Vertrag („acte mixte oder acte double; mi-règlementaire, mi-contractuel“) angesehen. Er unterliegt in jedem Fall umfassend dem öffentlichen Recht. Auf diese Weise wird die staatliche Beherrschung über die private Aufgabenstellung sichergestellt. Zugleich wird deutlich, dass der „service public“ auch im Fall der Delegation seine Qualität als staatliche Aufgabe behält und der Dritte lediglich mit der Aufgabenerfüllung betraut oder beauftragt

ist, nicht aber in Ausübung eigener, d.h. grundrechtlicher Freiheiten handelt.

Den einseitigen Inhalt des Betrauchsrechtsverhältnisses regeln vor allem die der Konzession beigelegten Vertragsordnungen („cahiers des charges“), die nahezu sämtliche Modalitäten für die Organisation und die Durchführung des betreffenden Dienstes einschließlich der anzuwendenden Preise vorgeben. Regelungsgegenstand der Vertragsordnungen sind u.a. Kontrahierungs- und Leistungspflichten, Bestimmungen zur Investitionskontrolle sowie einzuhaltende Qualitätsstandards und Preisbestimmungen. Wegen der intensiven Betreiberpflichten und sonstigen Bindungen, denen der Konzessionär nur bedingt eigene Rechte entgegensetzen kann, muss dem Dritten die Möglichkeit eingeräumt werden, einen angemessenen finanziellen Ausgleich für seine Anstrengungen nebst eines angemessenen Gewinns zu erzielen. Die delegierende Behörde hat zu diesem Zweck Maßnahmen zu ergreifen, um die Ausführung des Dienstes durch den Konzessionär für diesen attraktiver bzw. lukrativer zu gestalten („*théorie du fait du prince*“). Der Konzessionär kann seinerseits bei sich grundlegend wandelnden Rahmenbedingungen eine entsprechende Anpassung des Konzessionsverhältnisses verlangen („*théorie de l'imprévision*“). Dies kann bei defizitären Diensten zu einem Anspruch des Betreibers auf staatliche Beihilfen oder eine Ausstattung mit Ausschließlichkeits- und Monopolrechten führen, wenn ihn dies - außerhalb von Gebietskonzessionen - im Interesse des reibungslosen Ablaufs des Dienstes vor ruinösem Wettbewerb anderer Konzessionäre schützen kann.

Der Konzessionär tritt nach außen im eigenen Namen mit den Nutzern in vertragliche Beziehungen. Er unterliegt jedoch insoweit einem von den Vertragsordnungen vorgegebenen Kontrahierungszwang. Ebenso vorgegeben ist die Leistungsverpflichtung, die Leistungsqualität und das von ihm im Verhältnis zu den Nutzern für seine Leistung einzufordernde Entgelt. Nicht notwendig ist nach überwiegender Auffassung die Übertragung hoheitlicher Gewaltbefugnisse. Ausreichend, aber auch erforderlich, ist die Existenz öffentlich-rechtlicher Bestimmungen, deretwegen der Betreiber mit Sonderrechten oder auch Sonderpflichten („*prérogatives de puissance publique*“) ausgestattet ist, die sonst nur dem Staat zustehen und dem gewöhnlichen Rechtsverkehr zwischen Privaten fremd sind.

Es gibt aber auch noch eine dritte französische Vergabeverfahrensform, die nicht unter eine der soeben genannten Vergabearten subsumiert werden kann und bei der die Ausarbeitung in der Regel sehr komplex ist. Bei dieser Form handelt es sich um die sog. PPP-Verfahren. In Frankreich wurden bereits mit der Ordonnance vom 17. Juni 2004 die ersten rechtlichen Bestimmungen für PPP-Projekte geschaffen. Hiernach fallen alle PPP-Verträge ausschließlich unter das öffentliche französische Verwaltungsrecht.

PPP-Projekte stellen Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb und/oder Unterhalt einer Infrastruktur dar. Charakteristisch für ein PPP-Projekt ist die auf eine langfristige Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Anbietern angelegte Partnerschaft, bei der die Finanzierung ganz oder teilweise von der Privatwirtschaft getragen wird und den privaten Auftragnehmern die Bewerksstellung der Leistung überlassen („*faire - faire*“) bleibt. Der öffentliche Partner beschränkt sich im Wesentlichen auf die Bestimmung und Überwachung der Ziele der Zusammenarbeit und der Qualität der zu erbringenden Leistung. Es gibt ebenfalls eine Risikoteilung, die im Großen und Ganzen dem Grundsatz folgt, dass ein Risiko jeweils von demjenigen getragen werden soll, der es (besser) beurteilen, kontrollieren und beherrschen kann; Artikel L. 1414-1 Code général des collectivités locales (CGCT). Die Vergütung der privaten Unternehmer erstreckt sich in der Regel über die gesamte Projektlaufzeit. Charakteristisch für PPP ist mithin der neue Ansatz, dass ein Infrastrukturprojekt über die gesamte Lebensdauer von den privaten Unternehmen unterhalten wird mit dem Ziel, den Einsatz privater und öffentlicher Gelder zu optimieren.

Bei PPP-Projekten ist für den öffentlichen Auftraggeber im Vergleich zu den übrigen konventionellen Vergabeaufträgen vorteilhaft, dass er die Vergütung der privaten Anbieter teilweise von der Einhaltung der Auflagen und Qualitätsmerkmalen abhängig machen kann. Der finanzielle Vorteil für die öffentliche Hand besteht aber auch in der Vorziehung notwendiger Investitionen durch Inanspruchnahme privaten Kapitals. Da die Vergütung der privaten Unternehmer in der Regel erst mit Abschluss der Bereitstellung des Investitionsprojektes beginnt, wird dieses die Realisierung auch zügig durchführen, um für sich eine optimale Refinanzierung zu gewährleisten.

Diese Form von öffentlich-privaten Vereinbarungen sind auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die öffentlichen Stellen von dem Know-how und dem Ideenreichtum privater Unternehmen profitieren können, die darüber hinaus die geeignete Finanzierung finden und idealerweise noch über den strikten Bedarf der öffentlichen Stellen hinaus alternative

Lösungen anbieten. Die komplette Bezahlung ist bei PPP eng mit den Kompetenzen der Leistungserbringer verknüpft und auf die gesamte Leistung und Zeitdauer berechnet.

Die privaten Unternehmen haben bei PPP-Projekten auch mehr Mitbestimmungsrechte. Sollte beispielsweise das Unternehmen eine Konstruktion eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber durchführen, hat es im Rahmen seiner Mitbestimmung die Möglichkeit, selbstverantwortlich die Projektplanung zu entwerfen und durchzuführen und kann dem Auftraggeber Lösungsmöglichkeiten bezüglich der späteren Nutzung und des Betriebes anbieten. Der Vorteil für die öffentliche Hand besteht dann darin, dass das Unternehmen ihm einen Komplettservice anbietet, das von der Entwicklung und Erstellung des Gebäudes bis hin zur Betreibung und Wartung geht. Da es sich um einen Komplettservice handelt, findet bei Bautätigkeiten das strenge Gesetz n° 85-704 vom 12. Juli 1985 (MOP) hinsichtlich der Bauleitertätigkeit bei öffentlichen Aufträgen auch keine Anwendung, sondern lediglich das wesentlich flexiblere Gesetz 72-2 vom 3. Januar 1977 (allgemeine Architekturplanungen).

PPP-Verträge sind in der Regel langfristig – meistens sogar mehr als fünf Jahre – ausgelegt und müssen eine gewisse Entwicklungsmöglichkeit vorsehen. Dies ist unverzichtbar, um eine ausgewogene Risikoverteilung aller Beteiligten zu gewährleisten. Wenn beispielsweise den Betreibern während der Vertragsdauer ein attraktives Refinanzierungsmodell angeboten wird, soll idealerweise auch die öffentliche Hand davon profitieren können. Das gleiche gilt, wenn aufgrund von Innovationen sich die Betreiberkosten senken lassen.

Es muss bei PPP-Projekten von Anfang an gewährleistet werden, dass der Vertrag den jeweiligen Umständen neu angepasst werden kann. Dies stellt einen erheblichen Unterschied zu den unveränderbaren konventionellen französischen Vergabe- und Konzessionsverträgen dar. Ständige Zusammenkünfte der Beteiligten, die die Entwicklung des gegenseitigen Gleichgewichts verfolgen - mit teilweise unmittelbar vertraglichen Folgen - sind mithin unentbehrlich.

Es ist aus Sicht der Verfasser sehr zu begrüßen, dass die Gesetzesgeber die französische Regierung bevollmächtigt haben, neue staatliche Aufsichts- und Hilfsorganisationen zu gründen, um PPP-Projekte besser fördern zu können. PPP-Projekte können sich nämlich nur dann optimal entwickeln, wenn die private Wirtschaft nicht unnützerweise ausgebremst wird und vor allem kleinere Unternehmen die notwendige staatliche Unterstützung erhalten, zumal die öffentliche Hand hiervon unmittelbar profitiert und eine private Finanzierung in neuen Bereichen ermöglicht wird. Um eine erfolgreiche Entwicklung der PPP-Projekte dauerhaft zu gewährleisten, müssen darüber hinaus aber noch zwingend typisierte Rahmenverträge, die für alle zugänglich sind, bereitgestellt werden, die die Unternehmen den jeweiligen PPP-Projekten entsprechend anpassen können.

Was versteht man unter einem PPP-Vertrag?

Ein umfassender und dauerhafter Vertrag

Bei PPP-Projekten handelt es sich also um privat finanzierte Beschaffungen von Bau- und Dienstleistungen, die dem privaten Partner Gestaltungsspielräume bei der Konkretisierung der zu erbringenden Leistung eröffnen und dem öffentlichen Partner einen erheblichen Risikotransfer ermöglichen. Tatsächlich macht ein PPP-Vertrag wirtschaftlich für die Vertragsparteien nur dann Sinn, wenn die Investitionskosten geringer ausfallen (Konzeption, Ausführung, Betreibung/Wartung), eine bessere Bewirtschaftung der Gebäude besteht und somit eine effizientere Lebensdauer ermöglicht wird. Ein PPP-Vertrag stellt in der Regel einen sehr umfangreichen Vertrag dar, der mindestens zu drei Punkten Ausführungen treffen muss:

- Zur Finanzierung,
- Zu den möglicherweise bestehenden Baumaßnahmen,
- Zur Bewirtschaftung und/oder Wartung und/oder Betreibung und/oder Verwaltung.

Fakultativ kann der Vertrag einhergehende Dienstleistungselemente enthalten, die grundsätzlich von der öffentlichen Hand durchzuführen wären. PPP-Verträge werden grundsätzlich auch nur auf langfristig geschlossen, um die Rückführung der eingesetzten Fremdmittel zu ermöglichen. Die Laufzeit orientiert sich anhand der Amortisationsdauer oder der jeweiligen Finanzierungsmodalitäten. Auch wenn es hierfür keine feste Referenzdauer gibt, muss doch eine Vertragsdauer von fünf Jahren als Minimalfrist angesehen werden.

Ein Vertrag mit bestimmten Zahlungsmodalitäten:

Die Vergütung des Vertragspartners der öffentlichen Hand bestimmt sich nach drei Kriterien: Sie erstreckt sich über die gesamte Vertragsdauer, ist abhängig von der angebotenen Leistung und kann zusätzliche Erlöse beinhalten. Nach französischem Recht ist bei PPP-Verträgen zwingende Voraussetzung, dass der Vertrag eine Regelung hinsichtlich der Kosten enthält, die in Investitionskosten („coûts d'investissement“), Funktionskosten („coûts de fonctionnement“) und Finanzierungskosten („coûts de financement“) aufgeteilt sein müssen. Auch bei einer jährlichen pauschalen Kostenberechnung der Unternehmer muss die öffentliche Hand stets darüber aufgeklärt werden, wie sich diese in die soeben genannten Einzelposten aufschlüsseln lassen. Eine weitere charakteristische Eigenschaft der Vergütung bei PPP-Verträgen ist, dass diese an den Leistungszweck gebunden sein muss, um das Ziel, die Betreibung des Projektes finanziell zu optimieren, zu erreichen. Daher ist es notwendig, die Vergütung der Betreiber an die Erfüllung eines vertraglich vereinbarten Zieles zu knüpfen, um eine bessere Betrieblichkeit zu gewährleisten. Das hat natürlich auch zur Folge, dass die Zielvereinbarung und die Verknüpfung mit der Vergütung bereits im Vorfeld von den Vertragsparteien genau bestimmt werden müssen. Im Ergebnis geht es also bei PPP-Projekten nicht nur um eine bloße Befriedigung der Bedürfnisse der Nutzer oder der öffentlichen Hand, sondern darüber hinaus um die Optimierung dieser Bedürfniserfüllung.

Entscheidend ist bei PPP-Verträgen ebenfalls, dass die Parteien auch zusätzliche Vereinbarungen zu weiteren Erlösmöglichkeiten („recettes accessoires“) treffen müssen. Dies ist beispielsweise bei einem Museum, das in Form eines PPP - Verfahrens von einem privaten Unternehmen errichtet und bewirtschaftet wird, die Möglichkeit des Betreibers, das Gebäude an Unternehmen, die diese Räumlichkeiten für ein besonderes Event verwenden möchten, gegen Entgelt zu vermieten.

Ein öffentlicher Vertrag, der die europäischen Vergabegesetze einhält:

Die Frage, wie der PPP-Vertrag rechtlich einzustufen ist, wurde in Frankreich bereits ausführlich in parlamentarischen Debatten erörtert. Es ist zunächst festzuhalten, dass der PPP-Vertrag in Frankreich einen öffentlich-rechtlichen Vertrag darstellt. Dies hat zur Folge, dass die gesamten französischen Regelungen des öffentlichen Rechts auf den PPP - Vertrag anzuwenden sind. Ferner gelten die französischen Bestimmungen hinsichtlich der rechtlichen Kontrollmöglichkeiten der öffentlichen Hand. Andererseits stellt der PPP-Vertrag nach französischem Rechtsverständnis aufgrund seiner Dauer, seiner Zahlungsmodalitäten und der Regelungen zur Bewirtschaftung keinen Vergabevertrag im Sinne des Code des Marchés Publics (CMP) dar. Das französische Vergaberecht war daher nicht auf den PPP-Vertrag unmittelbar anwendbar. Fraglich ist hingegen, wie der PPP-Vertrag europarechtlich zu werten war. Nach europäischen Vergabebestimmungen gibt es im Rahmen öffentlicher Beschaffung nur zwei unterschiedliche Formen: Vergabe- und Konzessionsverträge. Alles was keine Konzessionsleistung darstellt fällt somit zwangsläufig unter das europäische Vergaberecht, welches durch die Richtlinienbestimmung 2004/18/EG seine letzte Normierung gefunden hat. Dies hat der EuGH in der Entscheidung Sueur am 29. Oktober 2004 (req. N° 269814, 271119, 271357) auch bestätigt. Das PPP-Verfahren selbst stellt daher nach europäischem Rechtsverständnis ein Vergabeverfahren dar, bei welchem die europäischen Vergabegesetze angewendet werden müssen, sobald die europäischen Schwellenwerte überschritten wurden. Der französische Gesetzgeber hatte daher – um dem europäischem Transparenzgebot Folge zu leisten und die (europa-)rechtlichen Vorschriften einzuhalten – französische PPP - Verfahren auch bisher als öffentliche Beschaffungsaufträge qualifiziert, die zumindest unter das europäische Vergaberecht fallen. Da die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG seit dem 1. September 2006 ins neue französische Vergaberecht umgesetzt wurden, findet seit diesem Zeitpunkt nun auch unmittelbar der neue CMP Anwendung; eine Differenzierung nach europäischen und französischen Vergaberecht bei PPP Verfahren ist nicht mehr notwendig.

Welche rechtlichen Bestimmungen sind beim PPP-Vertrag zu beachten?

Die Anwendungsvoraussetzungen bei PPP-Verfahren wurden durch das französische Verfassungsgericht am 26. Juni 2003 (n° 2003-473 DC) näher bestimmt. Die öffentliche Hand kann PPP-Verträge mit privaten Unternehmen abschließen, wenn entweder aus einem Allgemeininteresse heraus eine Dringlichkeit („urgence“) besteht, die aufgrund bestimmter oder lokaler Umstände verursacht wurde und es daher zu einer allgemeinen Verzögerung bei Investitionen kam oder aufgrund technischer, funktioneller oder wirtschaftlicher Gegebenheiten auf dieses Verfahren bei Projekten oder bestimmten Dienstleistungen zurückgegriffen werden muss. Das bedeutet mit anderen Worten, dass ein PPP-Verfahren von der öffentlichen Hand grundsätzlich nur dann angewendet kann, wenn das Projekt entweder komplex oder dringend ist.

Komplexität des Projektes:

Für öffentliche Auftraggeber, die besonders komplexe Vorhaben durchführen, kann es – ohne dass ihnen dies anzulasten wäre - objektiv unmöglich sein, die Mittel zu bestimmen, die ihren Bedürfnissen gerecht werden können, oder zu beurteilen, was der Markt an technischen bzw. finanziellen/rechtlichen Lösungen bieten kann. Eine derartige Situation kann sich insbesondere bei der Durchführung bedeutender integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte, großer Computernetzwerke oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung ergeben, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus vorgeschrieben werden kann.

Eine Leistung gilt nach Artikel L.1414-2 CGCT als besonders komplex, wenn es dem Auftraggeber im Vorfeld objektiv unmöglich ist, die erforderlichen technischen Mittel oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen anzugeben, mit denen sich seine Bedürfnisse erfüllen lassen. Objektiv unmöglich heißt, dass dies dem Auftraggeber nicht anzulasten ist. Von einer subjektiven Unmöglichkeit ist hingegen auszugehen, wenn eine Unzulänglichkeit des Auftraggebers („carences du pouvoir adjudicateur“) oder ein fehlender Wille, Nachforschungen anzustellen, vorliegt. Diese ermöglicht es dem Auftraggeber nicht, ein PPP-Verfahren anzuwenden. Die Beweislast für das Vorliegen einer objektiven Unmöglichkeit trägt der Auftraggeber. Die Voraussetzungen, unter denen ein PPP-Verfahren angewendet werden kann, sind mit den Voraussetzungen für die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs identisch was zur Folge hat, dass bei komplexen Beschaffungsbeschreibungen diese Verfahren von der öffentlichen Hand anzuwenden ist. Der Wettbewerbliche Dialog ähnelt einer funktionalen Ausschreibung, bei der nach Bekanntmachung eine Dialogphase und eine Angebotsphase folgen. In der Dialogphase wird der Auftraggeber im Dialog mit den Bietern die endgültige Leistungsbeschreibung festlegen, auf die in der Angebotsphase verbindliche Angebote abzugeben sind. Der Wettbewerbliche Dialog ist daher ein flexibles Verfahren, das sowohl den Wettbewerb zwischen Wirtschaftsteilnehmern gewährleistet als auch dem Erfordernis gerecht wird, dass öffentliche Auftraggeber alle komplexen Aspekte des Auftrags mit den Bewerber erörtern können. Dieses Verfahren darf allerdings nicht in einer Weise angewandt werden, durch die der Wettbewerb eingeschränkt oder verzerrt wird, insbesondere indem grundlegende Elemente geändert oder dem ausgewählten Bieter neue wesentliche Elemente auferlegt werden oder indem andere Bieter als derjenige, der das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, einbezogen werden; Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2004/18/EG.

Dringlichkeit:

Von einer objektiven Dringlichkeit ist nach französischem Rechtsverständnis auszugehen, wenn ein schneller Bedarf an (Um-) Baumaßnahmen oder anderer Investitionen besteht und der Beschaffungsverzug nicht vom Auftraggeber verschuldet wurde. Es wird von den französischen Gerichten hinsichtlich der Voraussetzung des fehlenden Verschuldens der öffentlichen Hand aber eine eher pragmatische Lösung gewählt, bei der trotz Nachlässigkeit bei Investitionen PPP-Verfahren zulässig sind, wenn nur ein Allgemeininteresse („raison intérêt général“) besteht. Der französische Conseil d'État hat am 29. Oktober 2004 diesbezüglich jedoch einschränkend festgehalten, dass zumindest das Allgemeininteresse an einer Investition objektiv vorliegen muss, die Investition auf einen abgrenzbaren Sektor oder ein abgrenzbares Gebiet beschränkt bleibt und eine erhebliche und wesentliche Investitionsverzögerung vorliegt. Das französische Verfassungsgericht hat am 2. Dezember 2004 in der Entscheidung n° 2004-506 DC diese Rechtsauffassung bestätigt.

Warum ein PPP-Verfahren?

Baufristen:

Bereits aus dem aus England stammenden Prinzip, dass der Betreiber erst nach Beendigung vorheriger Baumaßnahmen seine Vergütung erhält, sind die Unternehmen oftmals bestrebt, die vertraglich vereinbarte Frist einzuhalten. Das Interesse der Unternehmen, das Projekt fristgerecht zu beenden um sodann eigene vertraglich vereinbarte Kosten geltend machen zu können, erklärt daher auch das nach Untersuchungen des National Audit Office und der Chambre des communes vorliegende Ergebnis, dass bei PPP-Projekten im Vergleich zu herkömmlichen Vergabeaufträgen die Baufristen von den Unternehmen wesentlich häufiger eingehalten werden als bei konventionellen Beschaffungsaufträgen. Es kann dem privaten Unternehmen bei zügiger Beendigung der Baumaßnahme auch ein zusätzlicher finanzieller Bonus gewährt werden; möglich ist ebenfalls, dass die Bewirtschaftung durch den Betreiber bereits vor vollständiger Beendigung der Baumaßnahme beginnen soll.

Die Qualität der Bewirtschaftung:

Die mögliche Optimierung der Bewirtschaftung durch die privaten Betreiber muss bei PPP-Verfahren von den privaten Unternehmen jeweils nachvollziehbar dem öffentlichen Auftraggeber dargelegt werden. Das Risiko, das der

ordnungsgemäßen Bewirtschaftung anlastet, liegt somit ausschließlich beim Betreiber, der mit erheblichen Vertragsstrafen rechnen muss, wenn die vertraglich vereinbarte Qualität und Effizienz nicht sichergestellt werden. Der nahe liegende Nutzen bei PPP-Verfahren liegt daher vor allem in der effizienteren und besseren Bewirtschaftungsmöglichkeit des Projektes durch die Betreiber. Diesbezüglich muss der Betreiber bereits vor Angebotsabgabe sicherstellen, dass er eine effiziente Bewirtschaftung wirtschaftlich erbringen kann indem er idealerweise Alternativlösungen zur konventionellen Bewirtschaftung findet.

Innovative Lösungen:

Es ist keine Voraussetzung eines PPP - Verfahrens, dass die öffentliche Hand bereits vor Beginn des Wettbewerblichen Dialogs klare Vorstellungen von den realisierbaren Investitionsmöglichkeiten hat. Es gilt vielmehr das Gegenteil, da gerade die Dialogphase der öffentlichen Hand ermöglichen soll, mit den Unternehmen zu verhandeln, welche Lösung die effizienteste und wirtschaftlich sinnvollste ist. Gerade die PPP-Verfahren sollen es der öffentlichen Hand ermöglichen, auf innovative Managementlösungen der Privatwirtschaft zurückzugreifen. Dies wird dadurch gewährleistet, dass im Rahmen des Wettbewerblichen Dialogs die privaten Anbieter - frei von Verfahrenszwängen - innovative Lösung, die zuvor nicht ausgeschrieben werden brauchen, der öffentlichen Hand anbieten können.

Zusätzliche Verdienstmöglichkeiten:

Um die eigenen Betriebskosten der Betreiber zu reduzieren, ermöglichen zusätzliche Nutzungsmöglichkeiten bei PPP-Projekten über den normalen Eigenbetrieb hinausgehende Verdienstmöglichkeiten. Dies kann beispielsweise durch die Vermietung eines Gebäudes an Dritte für deren private Zwecke nach den Öffnungszeiten erfolgen. Diese duale Nutzungsmöglichkeit zwingt private Anbieter daher auch schon bereits vor Betriebsführung nach alternativen Nutzungsmöglichkeiten der Projekte zu suchen.

Drei Gründe, aufgrund derer nicht auf ein PPP-Verfahren zurückgegriffen werden kann

Von Kostenzwängen befreien lassen:

Wenn auch PPP-Verfahren zum Ziel haben, private Finanzierungsmittel für öffentliche Investitionsprojekte zu finden, führt dies sicherlich keineswegs dazu, dass die öffentliche Hand von der finanziellen Übernahme solcher Projekte verschont wird. Dies würde bereits europarechtlichen Vorschriften widersprechen. Da PPP-Projekte nicht unbedingt kostengünstiger sind als herkömmliche Vergabeaufträge, muss die öffentliche Hand daher auch die notwendigen Finanzmittel bereitstellen können. Auch sind bei PPP-Projekten behördliche Finanzkontrollzwänge nicht aufgehoben. PPP-Verfahren sollen nicht dazu führen, dass die öffentliche Verschuldung verschleiert wird indem künstlich zukünftigen Ausgaben nicht aufgeführt werden. Es wird den finanzierenden Banken bei der Aufstellung der Finanzpläne auch sehr daran gelegen sein, zu erfahren, wie die langfristige Refinanzierung und Tilgung der Kosten bewerkstelligt werden und ob die öffentliche Hand das Ausfallen des privaten Unternehmers finanziell abfangen kann. Aus diesen Gründen muss die langfristige Finanzierung des PPP-Projektes auch bereits schon vor Vertragsunterzeichnung zumindest mittelfristig gewährleistet werden können. Dafür ist aber zwingende Voraussetzung, dass die öffentliche Hand einen finanziellen Spielraum hat. Die öffentliche Hand hat ebenfalls aufgrund der verfassungsrechtlich verankerten öffentlichen Ausgabentransparenz die Kosten, die ein PPP-Projekt mittelfristig verursacht, nachweisbar aufzuführen und die Amortisierungskosten darzulegen.

Von Vergabeausschreibungen abzusehen:

Alle Bemühungen, ein PPP-Verfahren ohne Einhaltung der Regelungen des französischen Vergaberechts frei zu vergeben, sind von Anfang an zum Scheitern verurteilt, da die in einem PPP-Verfahren zu vergebenden Aufträge quasi immer unter einen Tatbestand des CMP subsumiert werden können. Weiterhin fällt das PPP-Verfahren zumindest unter das europäische Vergaberecht, so dass sich ein Bieter bei fehlender Ausschreibung erfolgreich auf ein Nachprüfungsverfahren stützen kann. Der aber sicherlich überzeugendste Grund, das französische Vergaberecht anzuwenden, ist sicherlich die Tatsache, dass nur in einem wettbewerblichen Dialog die Vorteile, die ein PPP-Vertrag gegenüber einem herkömmlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag hat, zum Tragen kommen, indem die Bieter ihre innovativen Lösungen anbieten können und somit die effizienteste Möglichkeit im Dialog mit den öffentlichen Auftraggebern gemeinsam gefunden werden kann. Wenn die öffentliche Hand das französische Vergaberecht umgehen möchte, indem sie den Auftrag frei vergibt, schneidet sie sich damit automatisch die Vorteile, die ein PPP-Vertrag gegenüber herkömmlichen öffentlichen Verträgen hat, ab.

Verantwortung an Private abtreten:

Da die öffentliche Hand im Außenverhältnis weiterhin die Erbringung der öffentlichen Leistungen gewährleisten muss, kann sie auch bei einem PPP-Projekt nicht ihre Verantwortung an Private abtreten. Aus diesen Gründen kann der PPP-Vertrag auch nicht als Vertrag angesehen werden, mittels dessen die öffentliche Hand sich in das Privatrecht flüchten kann. Außerdem muss während der gesamten Vertragsdauer - auch wenn die Bewirtschaftung auf Dritte übertragen wurde - von der öffentlichen Hand überprüft werden, ob die angebotenen Leistungen der Betreiber den vertraglichen Voraussetzungen entsprechen; eine Kontrollpflicht ist mithin zwingend. Sie ist auch aus finanzrechtlicher Sicht („bonne utilisation des deniers publics“) verpflichtet, darüber zu wachen, dass öffentliche Gelder optimal verwendet werden; dies ist nur im Rahmen tatsächlicher und dauerhafter Kontrollen möglich. Falls das Privatunternehmen ausfällt, muss die öffentliche Hand die übertragenen Aufgaben selbst wieder wahrnehmen. Daher sollte bereits vor Vertragsunterzeichnung ein „Plan B“ für den „worst case“ bereitstehen.

Erfolgsvoraussetzung:

Es wäre sicherlich utopisch zu glauben, dass der private Anbieter alle Zwänge, unter denen die Körperschaften öffentliche Leistungen anbieten, erfassen kann. Daher muss der PPP-Vertrag zwingend folgende Regelungen enthalten:

- Der sozial-wirtschaftliche Nutzen ist Voraussetzung für ein PPP-Verfahren, den es gilt, in finanzielle Rentabilität zu transformieren.
- Die konzeptionelle Berücksichtigung des gesamten Lebenszyklus eines Projektes.
- Die herkömmliche Leistungsvergabe in Form von öffentlichen Verträgen und Konzessionen behalten weiterhin ihre Relevanz. Das PPP-Verfahren soll nur angewendet werden, wo eine effiziente Risikoverteilung zwischen öffentlicher Hand und privaten Anbietern erforderlich ist.
- Der finanzielle Aufwand eines PPP - Verfahrens als auch die zu leistenden Garantien führen zu enormen Kosten. Wirtschaftlich rechnet sich dieser finanzielle Aufwand aber nur, wenn diese Anfangskosten im Laufe der Vertragsdauer durch eine schnelle Durchführung, einer besseren Betriebswirtschaftlichkeit und Qualität, niedrigeren Betriebskosten, besserer Instandsetzung und einer besseren Risikoverteilung kompensiert werden können.
- Anstelle eines bloßen Handlungserfolges sollte ein konkretes Qualitätsergebnis der Betreiber vertraglich vereinbart werden.
- Bei PPP-Projekten steht die Dienstleistung im Fordergrund zur Bauleistung.
- Die sachgerechte Verteilung der Risiken.
- Die Beschaffungserwartung muss klar und unmissverständlich beschrieben werden und soll den privaten Anbietern Möglichkeiten für eigene Entscheidungen belassen.
- Evt. Nutzungsüberlassungsvertrag bei öffentlichen Gebäuden.

Rechtliche Rahmenbedingungen:

In dem Bericht des Conseil d'État vom Juni 1986 zum Thema „Überlegungen über die Richtungsziele des öffentlichen Eigentumsrechts“ hat dieser entschieden, dass den privaten Investoren im Rahmen der PPP-Verfahren von der öffentlichen Hand mehr entgegengekommen werden muss. Dies hatte zur Folge, dass flexiblere Rahmenbedingungen für PPP-Verfahren geschaffen wurden (z.B. Gesetz n° 88-13 vom 5. Januar 1988 und das Gesetz n° 2003-850 vom 4. September 2003 hinsichtlich der Erbpachtverträge; das Gesetz n° 94-631 vom 25. Juli 1994 hinsichtlich der Leasingverträge; das Gesetz n° 2002-1094 vom 29. August 2002 und das Gesetz n° 2003-73 vom 27. Januar 2003 hinsichtlich der Finanzierung), um die privaten Investoren besser zu schützen und wichtige Investitionen zu fördern.

Juristische und Finanzielle Voraussetzungen eines PPP-Vertrags

Vorherige Bewertung bei PPP-Projekten vor Ausschreibung:

PPP-Verträge können von der öffentlichen Hand nur geschlossen werden, wenn eine vorherige Bewertung des PPP-Projektes vor Unterzeichnung des Vertrages ergeben hat, dass es sich um besonders komplexe Leistungen handeln, bei der es dem Auftraggeber objektiv unmöglich ist, die erforderlichen technischen Mittel oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen anzugeben, mit denen sich seine Bedürfnisse erfüllen lassen oder eine projektbezogene Dringlichkeit besteht. Weiterhin muss die vorherige Bewertung ergeben haben, dass aus wirtschaftlichen, finanziellen, juristischen oder administrativen Gründen im Vergleich zu einem herkömmlichen Beschaffungsverfahren – vor allem in finanzieller Hinsicht und aufgrund der Leistungsfähigkeit des Betreibers – ein PPP Verfahren die sinnvollste Alternative darstellt. Im Falle des Vorliegens einer besonderen Dringlichkeit kann diese vorherige Bewertung - aufgrund der Natur

der Dringlichkeit - natürlich rudimentär ausfallen.

Die vorherige Bewertung muss zwei juristische Voraussetzungen erfüllen.

- Es muss nach Art L. 1414-2 CGCT zum einen die tatsächlichen Tatbestandsmerkmale, bei deren Vorliegen von der öffentlichen Hand auf ein PPP-Verfahren zurückgegriffen werden kann, vorliegen. Diese Tatbestandsmerkmale sind mit den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Wettbewerblichen Dialogs, das Regelverfahren bei PPP-Projekten, identisch.

- Ferner muss die öffentliche Hand über die eigentliche Investitionsnotwendigkeit hinausgehende nachvollziehbare Gründe darlegen, warum der Auftrag nicht in einem konventionellen Vergabeverfahren oder einer Konzession vergeben werden soll. Die öffentliche Hand soll dadurch gezwungen werden, nachzuweisen, warum ein PPP-Verfahren eine kostengünstigere oder bessere Alternative zu den konventionellen Vergabeverfahren darstellt, um die gesetzten Ziele zu erreichen. Diese Voraussetzung wurde vom britischen Public Sector Comparator- Modell ins französische Recht übernommen, nach dem ein PPP-Vertrag nur dann geschlossen werden darf, wenn die Kosten der Beschaffung verringert werden können, eine Werterhöhung zu erwarten ist oder das PPP-Projekt eine bessere Bewirtschaftung erwarten lässt.

Aus den soeben genannten Voraussetzungen ergibt sich für die öffentliche Hand mithin eine zweistufige Prüfungsreihenfolge. In einer ersten Phase muss von der öffentlichen Hand zunächst überprüft werden, ob ein PPP-Verfahren juristisch überhaupt angewendet werden darf, um sodann in einer zweiten Prüfungsphase im Rahmen einer vergleichenden Analyse zu überprüfen, ob ein PPP-Vertrag zu den gewünschten Ergebnissen führen kann. Diese vergleichende Analyse muss ernsthaft von der öffentlichen Hand durchgeführt werden; einer mathematischen Prüfung bedarf es hingegen nicht, da erst in dem Dialog mit den Unternehmern die effizienteste Lösung gefunden werden soll. Die Abwägung in der zweiten Phase kann von der öffentlichen Hand auch nicht nur auf einen eventuell bestehenden Kostenvorteil eingegrenzt werden, sondern muss darüber hinaus auch die Leistungssteigerung bei einer privaten Bewirtschaftung des PPP-Projektes und die Möglichkeit, das Risiko besser zu verteilen, in Betracht ziehen.

Das Ergebnis der vorherigen Bewertung legt sodann für die öffentlichen Auftraggeber die weitere, selbst gesetzte Marschrichtung für die späteren Verhandlungen in der Dialogphase fest. Laut Gesetz n° 78-753 vom 17. Juli 1978 müssen die Ergebnisse dieser Bewertung von der öffentlichen Hand schriftlich festgehalten werden und Dritten jederzeit zugänglich sein; loi n° 78-753 vom 17. Juli 1978.

Die Bewertungsphase ist sicherlich mit der späteren Durchführung des PPP-Vertrages die schwierigste Phase eines PPP - Verfahrens. Das liegt daran, dass die öffentliche Hand bereits in der Bewertungsphase grundsätzlich ausführliche Kenntnisse über juristische, finanzielle, buchhalterische und technische Voraussetzungen haben muss. Oftmals müssen die öffentlichen Auftraggeber, wenn sie selbst nicht über diese Kenntnisse verfügen, extern dieses Know-how teuer bei Spezialisten einkaufen, was zu einer finanziellen Mehrbelastung bei PPP - Verfahren führt.

Ziele und Anwendungsbereiche der vorherigen Bewertung bei PPP-Projekten

Die vergleichende Analyse im Rahmen der Bewertungsphase hat sicherlich nicht ausschließlich zum Ziel, eine Begründung dafür zu finden, warum eine Beschaffung im öffentlichen Interesse („utilité collective“) liegen könnte. Idealerweise sollte diese Begründung bereits im Vorfeld, d.h. schon vor der Bewertungsphase stattgefunden haben. Vielmehr findet im Rahmen der vorherigen Bewertungsphase ein Vergleich der unterschiedlichen Beschaffungsverfahren statt (konventionellen Vergabeverfahren, Konzession oder PPP-Verfahren). Weiterhin sind im Rahmen der vorherigen Bewertungsphase von den öffentlichen Auftraggebern zwingend Überlegungen zu den Gesamtkosten („coût global“), zum erwarteten Optimierungserfolg („performance“) und zur Risikoaufteilung („partage des risques“) anzustellen. Es ist evident, dass ein PPP-Verfahren nicht ernsthaft von der öffentlichen Hand in Erwägung gezogen werden kann, wenn nicht zumindest über diese Punkte ernsthafte analytische Untersuchungen stattgefunden haben.

- Eine grobe Abschätzung hinsichtlich der Gesamtkosten ist notwendig, damit die öffentliche Hand bestimmen kann, ob aus wirtschaftlicher Sicht ein PPP-Verfahren sinnvoll ist. Hierbei ist anzumerken, dass es sich nur um eine hypothetische Gesamtkostenabschätzung handeln kann, da aufgrund der Komplexität, der Ungewissheit und der fehlenden Kenntnis des Umfangs vor Durchführung der Dialogphase die gesamten Rechnungsposten noch nicht vorliegen. Die Durchführung

eines PPP - Verfahrens ist darüber hinaus nur gestattet, wenn gerade die öffentliche Hand aufgrund der komplexen Durchführung nicht die technischen Mittel oder die rechtlichen und/oder finanziellen Bedingungen selbst bestimmen kann. In vielen Fällen kann dies sogar dazu führen, dass die Gesamtkosten nur rudimentär abgeschätzt werden können. Es wird den öffentlichen Auftraggebern daher geraten, durch unterschiedliche Fallbeispiele alle möglicherweise entstehenden Kosten in den unterschiedlichsten Modellen zu berechnen, um zumindest zu ermitteln, in welcher Bandbreite sich die Kosten bewegen. Aus diesem Grund kann die Abschätzung über die anfallenden Gesamtkosten mithin auch nur als Grobkalkulation ohne verbindlichen Charakter verstanden werden.

- Sollte die Abschätzung der Gesamtkosten zum Ergebnis führen, dass ein PPP-Verfahren sich wirtschaftlich rechnen könnte, muss in einem zweiten Schritt überprüft werden, welche Betreiber-, Wartungs-, und Bewirtschaftungsleistungen notwendig sind und welchen Anforderungen diese jeweils genügen müssen. Es sind intern auch Überlegungen anzustellen, ob durch Umorganisation oder Neudefinition die Betreuung des Projektes nicht von der öffentlichen Hand selbst kostengünstiger und besser ausgeführt werden können. Durch eine Kosten-Nutzen Berechnung der öffentlichen Hand soll eine Betreibungsbeschreibung definiert werden, die den Bedürfnissen und Zielen der öffentlichen Hand am besten gerecht wird. Die Betreibungsbeschreibung muss ergebnisorientiert sein und alle Einzelheiten (z.B. Arbeitszeiten, Ziele, Qualität etc.) enthalten. Die Betreuung muss auch mit den Erwartungen, die die Nutzer an öffentlich-hoheitliche Leistungen stellen, entsprechen.

- Sodann sind Regelungen zur gegenseitigen Risikoaufteilung, welche bei der vorherigen Bewertung in die analytische Betrachtung mit einbezogen werden müssen, zu treffen. Es ist hierbei darauf zu achten, dass nach dem best value for money Prinzip das Risiko von dem übernommen werden soll, der hierfür am besten geeignet ist. Sollte die öffentliche Hand hingegen das komplette Risiko den privaten Unternehmen übertragen, würden sich hierdurch die Kosten, die das Unternehmen der öffentlichen Hand für die Risikoübernahme in Rechnung stellt, astronomisch steigen. Es ist daher davon auszugehen, dass jede Risikoverlagerung ihren Preis hat. Je weniger beherrschbar ein Risiko ist, desto deutlicher müssen die Auswirkungen auf die Vergütung sein. Vor diesem Hintergrund muss z.B. entschieden werden, wer in welchem Umfang Genehmigungs- und Baugrundrisiken übernimmt, wer die Folgen von Gesetzesänderungen oder der Änderung technischer Standards trägt und wer sich mit Versorgungsunternehmen auseinandersetzt, deren Mitwirkung erforderlich ist und von wem sonstige baubetriebliche Störungen in zeitlicher und finanzieller Hinsicht getragen werden. In Betracht gezogen werden muss auch vom öffentlichen Auftraggeber, dass bei einer zu hohen Risikobelastung beim privaten Unternehmen die öffentliche Hand riskiert, dass dieses Unternehmen frühzeitig ausfallen könnte und sie nachträglich die übertragene Leistung wieder selbst ausführen muss.

Die möglicherweise sich realisierenden Risiken sollten vom öffentlichen Auftraggeber allesamt genannt und in einer Matrix aufgenommen werden. Gewisse Risiken bleiben aufgrund einer engen Verbindung zu den hoheitlichen Befugnissen zwangsläufig beim Staat oder den kollektiven Gebietskörperschaften. Andere Risiken können entweder den privaten Unternehmen übertragen oder zumindest aufgeteilt werden. Es muss auch die Entwicklung der möglicherweise sich realisierenden Risiken und die Finanzierung des PPP-Projektes durch Dritte in Betracht gezogen werden. Für das Erzielen der Effizienzpotenziale ist eine ausgewogene und sachgerechte Risikoverteilung von zentraler Bedeutung. Dabei muss es auch zu einem Risikotransfer von der öffentlichen Hand zum privaten Anbieter kommen.

Die Bewertungsphase hat also zum Ziel, zunächst zu untersuchen, ob ein PPP-Verfahren juristisch denkbar ist. Sollte dies von der öffentlichen Hand bejaht werden, können im Rahmen der Bewertungsphase Probleme aufgeworfen werden, die es in der Dialogphase mit den Unternehmern zu beantworten gilt.

Vergleich zwischen einem PPP-Vertrag und einer Konzession:

Die Konzession stellt ein klassisches Mittel der Leistungsverwaltung durch die private Wirtschaft dar. Im Vergleich zu den PPP-Projekten wird bei der Konzession die hoheitliche Leistungspflicht auf die private Wirtschaft übertragen, die hinsichtlich der Leistungsausführung das Leistungsrisiko und das damit verbundene finanzielle Risiko trägt. Die privaten Leistungserbringer refinanzieren ihre anfänglichen Investitions- und die Bewirtschaftungskosten aus den Einnahmen, die von den Nutzern gezahlt werden. Nun gibt es aber hoheitliche Leistungen, bei denen eine Refinanzierung durch die Nutzer aufgrund der geringen oder unstetigen Benutzung bzw. Besucherzahlen äußerst schwierig sein wird (z.B. Museen, Stadien, Parkanlagen etc.), so dass sich für diese Projekte in der Regel keine privaten Unternehmen finden lassen. Hier würden sich PPP-Modelle anbieten, bei denen sich das Risiko - im Vergleich zur Konzession - vertraglich regeln und anpassen lässt; es müssen sodann im Vorfeld von den Vertragsparteien hypothetische Berechnungen angestellt werden,

die Auskunft über die wahrscheinliche Besucheranzahl treffen, um das Risiko parteiengerecht auf die öffentliche Hand und die privaten Investoren zu verteilen. Weiterhin sollten von den Vertragsparteien Regelungen getroffen werden, wie das private Unternehmen die Bewirtschaftung effizienter optimieren kann.

Im Vergleich zu den Konzessionen beschränkt sich die Refinanzierung bei PPP-Projekten aber keinesfalls aus dem Entgelt der Nutzer. Vielmehr wird der Staat, eben nur etwas später, zur Kasse gebeten. Den Privatunternehmen ist ferner die Refinanzierung durch die zusätzliche private Nutzung der Investitionsprojekte gestattet. So kann beispielsweise ein Museum nach dem Ende der Öffnungszeit weiter an einen Privaten vermietet werden, damit dieser beispielsweise die Räumlichkeiten für einen besonderen Anlass nutzt. Die Rückführung der eingesetzten Fremdmittel erfolgt langfristig, nämlich über die Einnahmen aus dem Betrieb und von der öffentlichen Hand.

Was versteht man unter einem Risiko?

Unter einem Risiko versteht man einen Unsicherheitsfaktor, der unmittelbar oder mittelbar Einfluss auf die Vertragsdurchführung haben kann (z.B. auf Dauer, Kosten, Qualität und/oder Leistungserfüllung). Bei öffentlichen Aufträgen sind diese Risiken in der Regel von der öffentlichen Hand nur schwer abzusehen. Bei PPP-Projekten müssen solche Risiken jedoch in irgendeiner Form bewertet werden, damit sie – den Sinn und Zweck eines PPP - Verfahrens entsprechend – aufgeteilt werden können. Die Bestimmung und Berechnung der möglichen Risiken und ihre Aufteilung stellt eine Grundvoraussetzung des PPP - Verfahrens dar und ist mithin Garant für dessen Erfolg. Im Prinzip soll bei einem PPP-Projekt derjenige das Risiko tragen, der für deren Begrenzung am besten erscheint. Diese Aufteilung muss ausgeglichen sein. Die Kosten, die eine Risikoübernahme verursacht, sind abhängig von den Beteiligten, die das Risiko übernehmen und kann nur einzelfallbezogen und unter Hinzuziehung der Ziele der öffentlichen Hand bewertet werden. Bereits aus diesem Grund muss in der Bewertungsphase von der öffentlichen Hand neben den Gesamtkostenüberlegungen fundierte Recherchen zu der Risikoverteilung geführt werden.

Im Ergebnis bedeutet Risikotransfer im PPP-Projekt, dass der Hauptanteil der Projektrisiken, d.h. alle planungs-, bau- und betriebsbezogenen Risiken, durchgeleitet werden. Das kann nur funktionieren, wenn die Betroffenen, also Bauunternehmen, Betreiber, Sponsoren und Banken bereits in der Angebotsphase sehr intensiv zusammenarbeiten und ihre Position zum Risikotransfer gemeinsam festlegen. Die Risikoaufteilung hat natürlich auch einen erheblichen Einfluss auf die Kosten. Die Partei, die mehr Risiken übernimmt, lässt sich diese Risikoübernahme verständlicherweise auch vergüten.

Wie kann man die Risiken ermitteln und aufteilen?

Die detaillierte Ermittlung der Risiken findet anhand einer Risikomatrix („matrice des risques“) statt, welche ein unabdingbares Hilfsmittel eines jeden PPP-Projektes darstellt. Dies geschieht unter Beachtung des auszuführenden Projekts. Ein hilfreiches Vorgehen bei der Erstellung der Risikomatrix stellt die Orientierung an die üblichen Risiken bei konventionellen öffentlichen Aufträgen („matrice d'ouvrage publique“) dar. Es sind hierbei noch die Verzugschäden, die bei nicht fristgerechter Beendigung des Projektes anfallen, einzubeziehen. Die gegenseitigen Risiken müssen unter Anlehnung an die Risikomatrix einzelfallbezogen abgeglichen werden; es sind auch die Risiken, die bei einer herkömmlichen Beschaffung entstehen von den Risiken eines PPP-Projekts abzugrenzen. Es muss in der Risikomatrix jedes hypothetisch eintretende Risiko finanziell berechnet werden (d.h. welcher finanzielle Schaden entsteht, wenn sich genau dieses Risiko realisieren würde). Dabei sind hinsichtlich der hypothetisch sich realisierenden Risiken die Erfüllungswahrscheinlichkeit und deren Bedeutung anhand von Statistiken zu bewerten.

Die unterschiedlichen Risiken können zunächst in drei Risikogruppen aufgeteilt werden:

- Risiken, die zu 100% von der einen oder der anderen Partei getragen werden müssen (z.B. Risiken der Gesetzesänderungen trägt grds. der öffentliche Auftraggeber);
- Die auf die privaten Unternehmer übertragbaren Risiken;
- Die aufzuteilenden Risiken (z.B. geologische Risiken bei Baumaßnahmen oder Fluktuation der Besucheranzahl).

Hinsichtlich der Risikodauer ist zu unterscheiden zwischen den zeitlich begrenzten (z.B. im Rahmen der Fertigstellung) und den dauerhaften Risiken.

Eine Risikomatrix sollte auch in drei Risikobereiche aufgeteilt werden:

- Durchführungsrisiken („risque opérationnel“),
- Nutzungsrisiken („risque volume“) und
- rechtlichen Risiken („risque d'évolution du cadre légal et réglementaire“).

Anwendungsbereich:

Einen fest bestimmten Anwendungsbereich gibt es für PPP-Projekte nicht. Es sind PPP-Projekte auch keinesfalls auf nur größere öffentliche Körperschaften begrenzt. Das erste in Frankreich umgesetzte PPP-Verfahren wurde von einer Gemeinde mit ca. 6.000 Einwohnern durchgeführt, die ein kleines Unternehmen mit der Beleuchtung der Gemeindestraßen beauftragt hat. Umfasst werden von dieser Art der Beschaffung sowohl Tätigkeiten im Baubereich als auch Aufträge im modernen Informationstechnologiewesen und der Kommunikation. Besonders geeignet sind hingegen PPP-Projekte bei vorliegenden hoheitlichen Aufgabenbereichen:

- Bildungsinfrastrukturprojekte wie z.B. Schulen;
- Bauten für die Krankheitsversorgung; wie z.B. Krankenhäusern;
- Straßenbeleuchtungsanlagen wie z.B. Verkehrsampeln;
- Transportbereiche und Schienenverkehr;
- Bauten im kulturellen und sportlichen Bereich wie z.B. Stadien, Bäder, Museen, Kulturzentren;
- Sanierungsvorhaben;
- Bereiche in der Wasserversorgung und in der Abfallentsorgung;

Die einzigen Grenzen, die PPP-Projekten gesetzt sind, stellen das Vorliegen der bereits genannten juristischen und finanziellen Voraussetzungen dar. So muss ein PPP-Projekt wirtschaftlich sinnvoll und aufgrund der Komplexität die öffentliche Hand nicht selbst in der Lage sein, die technischen Möglichkeiten oder die wirtschaftlichen und juristischen Bedingungen zu beschreiben.

Kosten:

Es ist bei der finanziellen Erstellung eines PPP - Verfahrens in einer neuen Matrix („fiche sur l'évaluation financière“) eine Gesamtkostenabschätzung vorzunehmen, dessen Verfahren („methode de la valeur actuelle nette“) vorgeschrieben ist. Mehrkosten bei PPP-Projekten müssen zwingend durch eine bessere und effizientere Bewirtschaftung kompensiert werden können. Die öffentliche Hand vergleicht im Rahmen des Verfahrens analytisch die einzelnen Kosten in den unterschiedlichen Vergabeverfahren. Zu unterscheiden sind hierbei die direkten Kosten („coûts directs“), die indirekten Kosten („coûts indirect“) und die versteckten Kosten („coûts cachés“). Bei den direkten Kosten handelt es sich um Kosten, welche das PPP-Projekt unmittelbar verursacht. Bei den indirekten Kosten handelt es sich um Kosten, die nicht unmittelbar mit dem PPP-Projekt im Zusammenhang stehen, die aber aufgrund der Komplexität entstehen, indem beispielsweise externe Sachverständige (Rechtsanwälte) konsultiert werden. Bei den versteckten Kosten handelt es sich um Kosten, die durch Garantien und Versicherungen, die die öffentliche Hand stellen muss, entstehen. Zusätzliche Verdienstmöglichkeiten (z.B. eine zusätzliche Verwendungsmöglichkeit durch Vermietung eines Museums an Dritte) können nicht in die Kalkulation einbezogen werden. Der Betreiber kann von der Grundsteuer („taxe foncière“) befreit werden. Die Mehrwertsteuer („TVA“) kann zum Teil mittels Ausgleichsforderungen („fonds de compensation de la TVA“) rückerstattet werden; Art. L. 1615-12 und 1615-6 CGCT.

Beteiligte:

Neben den öffentlichen Auftraggebern sind bei PPP-Verfahren private Investoren, Nachunternehmer und darüber hinaus oft auch Fremdkapitalgeber beteiligt. Die privaten Investoren, die bei Immobilieninvestitionen oft die Baufirmen selbst sind (z.B. Bouygues), führen in Form von neu gegründeten Gesellschaften die Vorhaben operativ durch und treten in der Regel als Eigenkapitalgeber auf. Viele Aufgaben werden sodann an Nachunternehmer vergeben, die gewisse Einzelleistungen erbringen. Sollten Fremdkapitalgeber an PPP Projekten beteiligt sein, sind dies oftmals Banken, die das benötigte Kapital gegen entsprechende Absicherungen bereitstellen. Teilweisen werden auch öffentliche Fördermittel bereitgestellt.

Vergabeverfahren:

PPP ist zunächst einmal eine Form der Teilprivatisierung öffentlicher Leistungen, bei den sich ein Privatunternehmen zu

Investitionen in eine Infrastruktureinrichtung und zu deren Betrieb über mindestens 5 Jahre verpflichtet. Eine Ausschreibung eines PPP Projektes ist nur möglich, wenn der Auftrag komplex ist oder Dringlichkeit besteht und eine vorherige Abschätzung ergeben hat, dass die Einbindung eines privaten Unternehmens die Investitionskosten verringern kann. Sollte der Auftrag komplex sein, wird das Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialogs angewendet; Art L. 1414-7 CGCT. Der Auftrag ist komplex, wenn es dem einzelnen öffentlichen Auftraggeber objektiv unmöglich ist, die technisch nötigen Mittel für die Zukunft zu bestimmen, die seinen Bedarf decken oder der öffentliche Auftraggeber den juristischen oder finanziellen Rahmen des Projekts nicht bestimmen kann. Hierfür trägt der öffentliche Auftraggeber die Beweislast. Die Abschätzung der Gesamtkosten, des Investitionsumfanges und der Risikoaufteilung muss von den öffentlichen Auftraggebern seriös durchgeführt werden, ohne jedoch genaue Einzelheiten enthalten zu müssen, die die öffentlichen Auftraggeber in den meisten Fällen vor der Durchführung des wettbewerblichen Dialogs auch gar nicht abgeben können. Daher wird in dieser Phase oft auf die Hilfe externer Sachverständiger zurückgegriffen (Anwälte, Finanzberater, etc.).

Ist der Auftrag hingegen nur dringend, muss das PPP-Verfahren im beschränkten Vergabeverfahren nach Art. L. 1414-8 ff. CGCT durchgeführt werden. Der Auftrag ist dringend, wenn aus dem Allgemeininteresse heraus eine bestimmte Investitionsnotwendigkeit besteht, weil notwendige Investitionen bisher nicht getätigt wurden. Eine Aufweichung des Begriffs der Dringlichkeit wurde bereits in der Vergangenheit von dem Conseil Constitutionnel in einem Fall getroffen, bei dem die Dringlichkeit wegen eines Allgemeininteresses hinsichtlich der zügigeren Erstellung eines Polizeireviers bejaht wurde.

Bei den kollektiven Gebietskörperschaften ist vor Ausschreibung eines PPP-Projektes die Commission Consultative des services publics locaux, bei Staatsaufträgen die mission d'appui à la réalisation ces contrats de partenariat, eine Untergliederung des französischen Wirtschaftsministeriums, zu informieren. Die kollektiven Gebietskörperschaften müssen die für Staatsaufträge verbindlich zu informierende Behörde nicht kontaktieren, können dies aber im eigenen Interesse tun.

Wettbewerblicher Dialog:

Der wettbewerbliche Dialog wurde in den französischen CMP bereits im Jahre 2004 aufgenommen und ersetzte das Leistungsverfahren („l'appel d'offres sur performances“). Der Unterschied zum wettbewerblichen Dialog bestand darin, dass beim Leistungsverfahren die Bewerber ein Angebot abgegeben haben, welches im Laufe der Zeit immer wieder den neuen Anforderungen angepasst wurde („une offre, qui était ensuite discutée et précisée“); Art L. 1414-7 CGCT.

Der Wettbewerbliche Dialog ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden, da auch bei diesem Verfahren der allgemeine Vorrang des Offenen oder Beschränkten Verfahrens gilt; der Wettbewerbliche Dialog soll daher von den öffentlichen Auftraggebern nur bei besonders komplexen Aufträgen angewendet werden. Diese Verfahren ist daher nur zulässig, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder er die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens nicht angeben kann.

Der CMP regelt eingehend das von den Auftraggebern einzuhaltende Verfahren und sieht im Wesentlichen ein zweistufiges Verfahren vor:

In der ersten Stufe hat der Auftraggeber seine Bedürfnisse und Anforderungen bekannt zu machen. Nach der Vergabebekanntmachung haben die Bewerber eine Bewerbungsfrist von mindestens 40 Tagen, innerhalb derer sie ihre Ideen („présenter une proposition“) dem öffentlichen Auftraggeber zukommen lassen müssen; Art L. 1414-6 CGCT. Mit den im Anschluss an die Bekanntmachung ausgewählten Unternehmen ist ein Dialog zu eröffnen, in dem der Auftraggeber ermittelt und festlegt, wie seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Beim Dialog kann er mit den ausgewählten Unternehmen alle Einzelheiten des Auftrags erörtern. Der Auftraggeber hat dafür zu sorgen, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich behandelt werden. Insbesondere darf er nicht Informationen so weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Der Auftraggeber darf Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben und diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens verwenden und kann auch vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Falls der Auftraggeber die Möglichkeit zur Abwicklung des Dialoges in verschiedenen Phasen mit Begrenzung der Angebote

vorsieht, muss dies zwingend in der Aufforderung zur Angebotsabgabe enthalten sein. Er hat die Unternehmen, deren Lösungen nicht für die nächstfolgende Dialogphase vorgesehen sind, darüber zu informieren. In der Schlussphase müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Der zweite Teil des Wettbewerblichen Dialoges besteht in der näheren Bestimmung der Lösung und der eigentlichen Angebotsabgabe. Der Auftraggeber hat den Dialog für abgeschlossen zu erklären, wenn eine Lösung gefunden worden ist, die seine Bedürfnisse erfüllt oder erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann; er hat die Unternehmen darüber zu informieren. Im ersten Fall hat er die Unternehmen aufzufordern, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorzulegen. Nach Beendigung der Dialogphase muss er den Bietern hierfür eine Frist von einem Monat einräumen, damit sie ihr endgültiges Angebot („offre final“) einreichen können. Die Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten. Der Auftraggeber kann verlangen, dass Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Diese Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen dürfen jedoch keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnten.

Der Auftraggeber hat sodann die Angebote aufgrund der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu bewerten und das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen; Art. L. 1414-9 CGCT. Die Zuschlagskriterien sind zu gewichten. Es müssen zwingend in den Zuschlagskriterien die Gesamtkosten, die geforderten Leistungsstandards und der Umfang des Auftrags, welcher an kleine und mittlere Unternehmen (max. 250 Mitarbeiter und einem durchschnittlichen Umsatz von 40 Mio. Euro innerhalb der letzten drei Jahre) vergeben wird, genannt werden.

Der wirtschaftlichste Lösungsvorschlag ist mit der vorherigen Beurteilung zu vergleichen; erhebliche Abweichungen müssen vom öffentlichen Auftraggeber begründet werden können. Er darf das Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, auch auffordern, bestimmte Einzelheiten des Angebots näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen. Dies darf nicht dazu führen, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der Ausschreibung geändert werden oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

Verlangt der Auftraggeber, dass die am Wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, muss er einheitlich für alle Unternehmen, die die geforderte Unterlage rechtzeitig vorgelegt haben, eine hierfür angemessene Kostenerstattung gewähren. Private Anbieter können bei PPP-Verfahren unter den gleichen Bedingungen, unter denen diese bei konventionellen Vergabeverfahren auszuschließen sind, von der Beteiligung an PPP-Projekten ausgeschlossen werden; Art. L 1414-4 CGCT.

Das Beschränkte Verfahren:

Bei einem Beschränkten Verfahren findet die Vergabe in zwei Schritten statt. In der Präqualifikationsphase kann jedes interessierte Unternehmen nach der Bekanntmachung eines Auftrages einen Antrag auf Teilnahme an dem Verfahren stellen. Auswahlkriterien sind vorwiegend die beruflichen und finanziellen Leistungsfähigkeiten („garanties professionnelles et financières“). Die Teilnahmebewerbungsfrist hierfür beträgt mindestens 40 Tage vom Tag der Vergabebekanntmachung an gerechnet und kann bei Dringlichkeit, welche nicht vom öffentlichen Auftraggeber verschuldet wurde, auf 15 Tage (10 Tage bei elektronischer Erstellung ab dem 1. Februar 2006) reduzieren werden; Art. L. 1414-8 CGCT. Diese Fristverkürzung ist vor dem Hintergrund, dass erst die Dringlichkeit das beschränkte Verfahren bei PPP-Projekten ermöglicht, doppelt relevant.

Die Teilnahmebewerbungen werden mit Eingang registriert. Bei der Öffnung der Teilnahmeunterlagen sind die Teilnehmer beim Öffnungstermin nicht zugelassen. Nur die Teilnahmeangebote, die innerhalb der gesetzten Frist beim öffentlichen Auftraggeber eingehen, werden berücksichtigt. Die Nichtberücksichtigung eines Unternehmens in der Präqualifikationsphase muss nicht vom öffentlichen Auftraggeber begründet werden. Die anschließende Auswahl der zugelassenen Bieter (mindestens fünf, wenn nicht weniger Bieter teilgenommen haben) erfolgt durch die PRM nach beratender Stellungnahme der Vergabekommission bei Staatsaufträgen und bei Aufträgen der öffentlichen Krankenhäuser oder der öffentlich-medizinischen und sozialen Einrichtungen oder durch die Vergabekommission („commission d'appel d'offre“) selbst, wenn der öffentliche Auftraggeber eine territoriale Gebietskörperschaften ist.

In einer zweiten Phase fordert der öffentliche Auftraggeber gleichzeitig und schriftlich die ausgewählten Bieter in einem

Aufforderungsschreiben („dossier de consultation“) auf, ihre Angebote abzugeben.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält mindestens folgende Angaben:

- entweder die Verdingungsunterlagen und alle zusätzlichen notwendigen Unterlagen („acte d'engagement et documents contractuels“) oder die Angabe, wo die Verdingungsunterlagen per E-Mail eingesehen werden können, wenn sie auf elektronischem Wege unmittelbar zugänglich gemacht werden;
- einen Hinweis auf die Bekanntmachung;
- den Tag, bis zu dem die Angebote eingehen müssen, die Anschrift der Stelle, bei der sie einzureichen sind, sowie der Hinweis, dass die Angebote in französischer Sprache abgegeben werden müssen;
- die Bezeichnung der beizufügenden Unterlagen;
- die Gewichtung der Zuschlagskriterien oder gegebenenfalls die absteigende Reihenfolge, wenn sie nicht in der Bekanntmachung, den Verdingungsunterlagen oder der Beschreibung enthalten sind;
- wenn eine andere Einrichtung als der für das Vergabeverfahren zuständige öffentliche Auftraggeber die Verdingungsunterlagen bereithält, ist in der Aufforderung die Anschrift der Stelle, bei der diese Unterlagen angefordert werden können, und gegebenenfalls der Termin anzugeben, bis zu dem sie angefordert werden können.

Portrait

Die Frist zur Angebotsabgabe beträgt mindestens 40 Tage ab dem Zeitpunkt der Absendung des Aufforderungsschreibens. Die Frist kann aber auch - wie bei dem offenen Verfahren - auf 22 Tage bzw. 15 Tage reduziert werden. Von den Bietern angeforderte Zusatzinformationen hinsichtlich der Verdingungsunterlagen werden spätestens sechs Tage vor Ablauf

News-ID: 139935 • Views: 3619 (Stand: 06.10.2026)

Link zur Pressemitteilung:

<https://www.openpr.de/news/139935/Vergabe-in-Frankreich-PPP-in-Frankreich.html>