

# Traumprinz oder Heiratsmarkt?

## So läuft die Wahl des besten strategischen Partners

Public-Private-Partnerships sind auf lange Laufzeiten ausgelegt. Das mag manche Beteiligte an eine Ehe erinnern. Zumindest verdeutlicht dieser Vergleich, wie wichtig Sorgfalt bei der Anbahnung ist. Denn bei den Langfristverträgen will man noch nach Jahr und Tag gemeinsam an einem Tisch sitzen.

gaben übernimmt, die er am besten und effektivsten leisten kann. Im Ergebnis erziele beide Teile einen Mehrwert erzielen („win-win-Situation“).

Die häufig pauschal geäußerte Kritik, eine „win-win-Situation“ könne bereits deshalb nicht eintreten, weil die Privaten nur an ihre eigenen Profite denken, ist falsch. Das Profitstreben schließt Vorteile nicht aus, sondern führt sie erst herbei. Denn nur wer profitabel arbeiten und Verluste vermeiden will, wird Anreize haben, seine Effizienz zu steigern, Synergien zu finden und Kosten zu senken. Diese Anreize fehlen bei der Öffentlichen Hand, die nach Kostenerstattungsprinzipien ar-

und müssen im Verfahren und in den Verträgen ausgeglichen werden. Der Schlüssel zum Erfolg ist der Wettbewerb. Jede Kommune muss sich den privaten Partner suchen, der ihre Anforderungen nicht nur maßgeschneidert, sondern mit den größten Vorteilen für Stadt und Bürger erfüllt – der darüber hinaus für den Erfolg des Projektes einsteht. Dies kann nicht gelingen, wenn der Bürgermeister oder der zuständige Dezernent mit nur einem einzigen Partner verhandelt.

Auch wenn das Argument laut wird, Vertrauen und bewährte Kooperationen seien wichtiger als wirtschaftliche Vorteile und manche Politiker bereits im Vorfeld den einzigen „Traumprinzen“ ausgewählt haben, lohnt es sich, andere Angebote zu prüfen. So gelingt es zumindest, den Wunschpartner unter Konkurrenzdruck zu setzen. Abgesehen von rechtlichen Zwängen, die meist ohnehin ein Vergabeverfahren verlangen, können nur im Wettbewerb optimale Ergebnisse erzielt werden.

Ein solcher „Beauty Contest“ zur Auswahl des besten Kooperationspartners will gut vorbereitet und organisiert sein. Die rechtlichen Anforderungen sind hoch – die Beteiligten und die Interessen sind zahlreich, oft sogar widersprüchlich. Deshalb sind erfahrene Projektmanager gefragt, die Hindernisse frühzeitig erkennen und aus dem Weg räumen. Sie müssen die richtigen Anforderungen formulieren, die Zwischenergebnisse mit der Politik, der Kommunalaufsicht, dem Finanzamt und den Arbeitnehmern abstimmen. Zugleich dürfen sie aber nicht zu starr agieren,

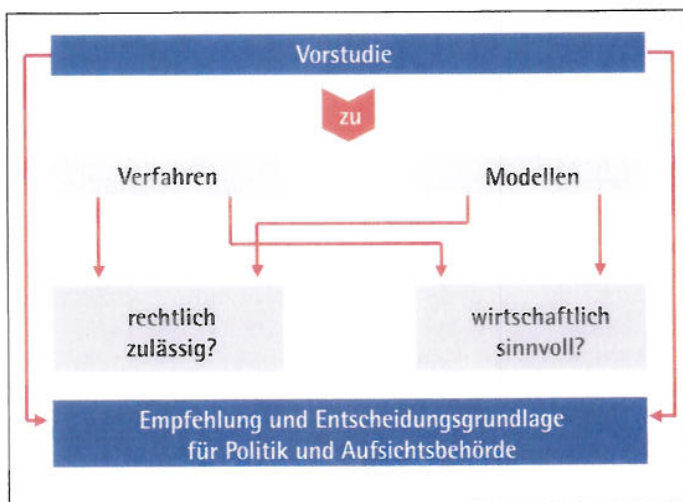
sondern müssen das Verfahren so gestalten, dass die Ideen der privaten Partner aufgegriffen und in den Wettbewerb eingespeist werden können. Das Verfahren muss wie ein Trichter offen beginnen und den Kreis der potentiellen Partner und der denkbaren Kooperationsmodelle Schritt für Schritt weiter einengen.

## Das Management setzt frühzeitig ein

Das Projektmanagement beginnt aber schon weit vor dem Wettbewerb. Entscheidend ist, dass die Kommune das Projekt auf eine möglichst breite Konsensbasis stellt und den für sie passenden Partner auswählt, mit dem sie das PPP-Projekt in partnerschaftlicher und fairer Weise umsetzen kann. Denn nur dann können die öffentliche wie auch die private Seite die „win-win-situation“ nutzen. Die Verwaltung muss daher Bürger, Politik und Aufsichtsbehörden vom Sinn und Zweck der Einbindung Privater überzeugen und größte Sorgfalt auf die Partnerwahl verwenden. Das Vorgehen zur Umsetzung des PPP-Projektes muss schon in der Frühphase gut geplant werden. Die zu prüfenden Aspekte lassen sich in zwei einfache Fragen bündeln:

- Welches Konzept ist wirtschaftlich vorteilhaft?
- Welche Modelle und Verfahren sind rechtlich zulässig?

Um eine Richtungsentscheidung treffen zu können und eine Grundlage für die Entscheidungen der Politik und der Aufsichtsbehörden zu haben, hat es sich als sinnvoll erwiesen, eine Vorstudie



Schlüsselpunkt Vorbereitung: Was geht, was eignet sich?

Grafiken: Jasper/CP

Private Wirtschaftsunternehmen unterstützen immer mehr Kommunen bei der Daseinsvorsorge als Projektentwickler, als Finanzierer oder Sponsor, als Betreiber oder als strategischer Partner in einer gemeinsamen Gesellschaft. Das entscheidende Konzept erfolgreicher PPP-Modelle besteht darin, dass jeder Partner die Auf-

beitet, kein Insolvenzrisiko kennt und die Bürger zahlen lässt, wenn das Geld nicht reicht. Deshalb können PPP-Projekte allen Beteiligten – dem Staat, den Bürgern und den Unternehmen – Vorteile bringen.

Trotzdem bleiben widerstreitende Interessen der privaten und der öffentlichen Seite bestehen



## Projektorganisation



**Organisationsform: das Team der Kommune darf nicht zu groß sein.**

individuellen Ziele am besten verwirklichen kann. Neben den wenigen formalen Anforderungen des Vergaberechts sind jedoch stets die grundlegenden Prinzipien eines „sauberen Wettbewerbs“, also der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit zu beachten.

Ein erfolgreiches Vergabeverfahren ist wie ein Trichter zu gestalten: Das Verhandlungsverfahren beginnt mit einer öffentlichen Vergabebekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, in der potentielle PPP-Partner aufgefordert werden, sich mit Teilnahmeanträgen am Verfahren zu beteiligen. Die Interessenten müssen innerhalb einer bestimmten Frist die Nachweise ihrer Eignung und Leistungsfähigkeit vorlegen. In einem nächsten Schritt werden die Bewerber ausgewählt, die den Eignungstest erfolgreich bestanden haben und für die Partnerwahl in Betracht kommen. Sie erhalten die Vergabeunterlagen und werden aufgefordert, ein indikatives Angebot abzugeben, auf dessen Grundlage sie sich an den nachfolgenden Verhandlungen, der „heißen

zu diesen Fragen zu erstellen. Hier werden sowohl die möglichen Verfahren als auch die Modelle untersucht.

Auch die Projektorganisation muss vor dem Wettbewerb festgelegt werden und beginnen. Entscheidend für den Erfolg ist ein kleines Verhandlungsteam mit Verantwortung für den Projekterfolg. Dieses Team muss die Schnitt- und Schaltstelle zu allen Beteiligten bilden und Zwischenentscheidungen der Politik herbeiführen. Ein Mitarbeiter der Stadtverwaltung muss alle Projektvorgänge kennen, Termine überwachen und als Ansprechpartner zur Verfügung stehen.

Das Verhandlungsteam steuert das Verfahren. Meist ist ein formelles Vergabeverfahren erforderlich, bei dem der Partner in einem transparenten Auswahlprozess ermittelt wird. Vorab ist allerdings zu prüfen, ob ein PPP-Projekt überhaupt ausschreibungspflichtig ist. Ein Vergabeverfahren ist nur dann obligatorisch, wenn das Vergaberecht des GWB dies bestimmt. Hierzu kann man sich als Grundregel merken: Soll der private Partner eine Leistung erbringen, die über eine schlichte gesell-

schaftsrechtliche Beteiligung als Mitgesellschafter an einer bestehenden oder zu gründenden gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft hinausgeht und soll er selbst oder eine Gesellschaft, an der er beteiligt ist, Leistungen zum Beispiel der Ver- oder Entsorgung oder in den Bereichen Bau oder Facility Management erbringen, darf die Stadt ihren privaten Partner nicht nach ihrem eigenen Gusto auswählen, sondern muss die Spielregeln des Vergaberechts beachten.

## Nur die Theorie lässt alle Möglichkeiten

Die Auswahl eines Partners für ein privates PPP-Projekt kann theoretisch aufgrund aller drei im Vergaberecht vorgesehenen Verfahrensarten: Offenes Verfahren - Nichtoffenes Verfahren - Verhandlungsverfahren - erfolgen. PPP-Projekte sind jedoch aufgrund ihrer Komplexität in der Regel kaum im Rahmen eines Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens zu realisieren. Daher erlaubt das Vergaberecht, den privaten Partner im Verhandlungsverfahren zu ermitteln. Die Wahl der

Verfahrensart ist die entscheidende Weichenstellung des gesamten Verfahrens. Fehler an dieser Stelle können zur Aufhebung des Verfahrens und damit zu einem erheblichen Zeitverlust sowie zu Schadensersatzansprüchen gegen die Öffentliche Hand führen.

Im Gegensatz zu den beiden anderen Verfahrensarten, unterliegt die Stadt im Verhandlungsverfahren nur geringen formalen Anforderungen. Insbesondere darf sie den privaten Partner in

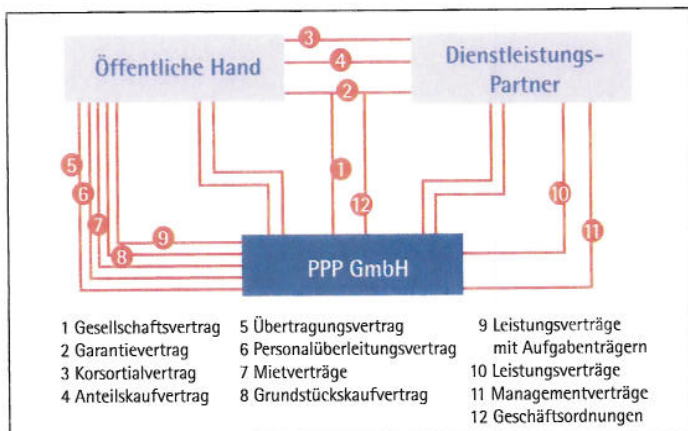


## Ablauf des Bieterverfahrens: Verhandlungsform zulässig.

freien Verhandlungen auswählen. Diese Flexibilität ermöglicht der Kommune, sich für den Partner zu entscheiden, mit dem sie ihre

Phase“ des Verfahrens, beteiligen. Im Verfahren werden die Kreise der Bieter und Modelle eingengt und die Anforderun-





## Elemente eines Vertrages: Viele Faktoren

gen an die Angebote präzisiert.

Der Ablauf der Verhandlungen unterliegt kaum formalen Anforderungen, jedoch sind die Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten. Die Beteiligten verhandeln über die angebotenen Konzepte und erarbeiten in einem kooperativen Prozess optimierte wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Strukturen des PPP-Modells. Wenn das Verfahren gut strukturiert ist, wird der Auftraggeber in die Lage versetzt, die Rosinen aus den Angeboten herauszupicken. Er kann besonders intelligente Modellbestandteile einzelner Bieter wieder in das Verfahren einspeisen, solange er dadurch keine Schutzrechte verletzt. So erreicht er, dass die besten Modellideen genutzt werden und die insgesamt vorteilhafteste Kombination gewählt wird.

Selten kristallisiert sich bereits in den ersten Verhandlungen heraus, wer der beste Kooperationspartner ist. Auch die Bieter behalten noch Trümpfe im Ärmel, die sie erst bei den letztverbindlichen Angeboten auf den Tisch legen. Deshalb und weil Verhandlungen mit nur einem einzigen bevorzugten Bieter oft zäher und langwieriger sind als Verhandlungsrunden mit mehreren Interessenten, macht es nur selten Sinn, den sogenannten „preferred Bidder“ auszuwählen. Die

Erfahrungen wie beispielsweise im Verfahren „Toll Collect“ zeigen, dass die Vorteile größer sind, wenn auch die Vertragsformulierungen unter Wettbewerbsdruck verhandelt werden.

## Verzicht auf die Vergabeverfahren

Sollte der Anwendungsbereich des Vergaberechts – wie beispielsweise beim Verkauf von Stadtwerke-Beteiligungen möglich – für das PPP-Projekt nicht eröffnet sein, muss der private Partner gleichwohl in einem Wettbewerbsverfahren ermittelt werden. Exklusivverhandlungen sind auch in diesen Fällen unzulässig. Auch ein vergaberechtes freies Auswahlverfahren unterliegt aus beihilfe- und/oder kommunalrechtlichen Gründen den Prinzipien der Öffentlichkeit, der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit. Deshalb muss die Suche nach einem privaten Partner öffentlich bekannt gemacht werden. Für das Verfahren mit interessierten Bewerbern muss die Kommune einen verbindlichen Verfahrensrahmen vorgeben, wie sie den privaten Partner ermitteln möchte. Innerhalb dieses Rahmens wird sie mit allen interessierten und geeigneten Bewerbern Verhandlungen führen, in denen diese die glei-

chen Chancen auf die Beteiligung am PPP-Projekt haben müssen. Dies kann sie durch gleiche Anforderungen und gleiche „Startbedingungen“ für alle Bewerber gewährleisten. Der beste Kandidat wird in transparenten und diskriminierungsfreien Verhandlungen ermittelt.

Auf das Fundament eines transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbs muss ein Haus aus Verträgen gebaut werden, um den Erfolg des Projektes zu sichern. Hier hat sich das „Garantie-Modell“ bewährt, das auf folgendem Grundgedanken beruht: Wenn die eine Kommune einen privaten Partner sucht und dessen Finanzmittel und Know-how nutzen will, so muss sie diesem Partner auch den nötigen Spielraum einräumen, um seine Potentiale einzusetzen. Dies bedeutet konkret: Sie darf nicht wesentlich in das operative Geschäft eingreifen. Nur unter dieser Voraussetzung wird der private Partner bereit sein, für die von ihm erworbenen Anteile einen entsprechend hohen Kaufpreis zu zahlen. Denn nur, wenn Kommunalpolitiker ihm nicht aus unwirtschaftlichen Erwägungen hereinreden, kann er das gemeinsame Unternehmen so führen, dass die erwarteten Gewinne auch realisiert werden können.

Das bedeutet nicht, dass die Kommune dem privaten Partner ausgeliefert wäre. Sie kann weiterhin den Leistungsumfang bestimmen und auch ändern. In den Verträgen ist diese Autonomie auch zu fixieren. Aber: goldene Wasserhähne, Stromleitungen oder Sportplätze kosten Geld. Wenn die Stadt Weisungen gibt, die Kosten erhöhen, muss sie das Entgelt entsprechend anpassen.

Umgekehrt kann die Stadt oder Gemeinde von dem privaten Partner aber auch erwarten, dass er seine Versprechen hält. Dazu muss sie in einem Garantie-

vertrag die Leistungen festlegen, die der private Partner versprochen hat. Dies gilt beispielsweise für Arbeitsplätze, Standortvorteile und Gewinnerwartungen. Außerdem muss der private Partner dafür einstehen, dass die gemeinsame Gesellschaft mit den vereinbarten Entgelten – die die Bürger über Steuern oder Gebühren finanzieren – auskommt. Er muss letztlich sogar ein Insolvenzrisiko abwenden. Dies ist ebenfalls in Garantieverträgen zu vereinbaren. Dazu gehören auch Sanktionen – Vertragsstrafen, Kündigungsrechte etc., die eingreifen, wenn die Garantiezusagen nicht eingehalten werden.

Die Umsetzung eines PPP-Projektes ist komplex. Sie bedarf einer sorgfältigen Vorbereitung. Widerstände lassen sich am besten dadurch überwinden, dass man die verschiedenen Interessengruppen (Bürger, Politik, Verwaltung, Aufsichtsbehörden) so früh wie möglich im Rahmen eines interaktiven Prozesses an der Konzeption des PPP-Modells beteiligt.

Die Wahl des privaten Partners muss aus rechtlichen Gründen in einem Vergabeverfahren oder zumindest einem wettbewerblichen Bieterverfahren erfolgen. Der Wettbewerb ist auch aus wirtschaftlichen Gründen dringend geboten. Die Kommune hat jedoch ausreichende Spielräume, die es erlauben, den Partner zu finden, der den individuellen Bedürfnissen des jeweiligen PPP-Projektes Rechnung trägt und mit dem die Öffentliche Hand die Ziele erreichen kann, die sie sich von der Beteiligung eines privaten Partners erhofft. Um den Projekterfolg zu sichern, muss sie alle Anforderungen und Zusagen in verbindlichen und „sanktionierten“ Verträgen fest-schreiben.

Dr. Ute Jasper, Rechtsanwältin,  
Düsseldorf