

**Stellungnahme
zum Bericht des Landesrechnungshofes Sachsen-Anhalt vom
03. August 2010 über die überörtliche Prüfung in der Landeshauptstadt Magdeburg
mit dem Schwerpunkt „Wirtschaftlichkeit von PPP-Projekten“**

Sanierung von 5 ausgewählten Schulstandorten

BbS III
Siemensgymnasium
GS „Weitlingstraße“
GS „Friedenshöhe“
IGS „R. Hildbrandt“

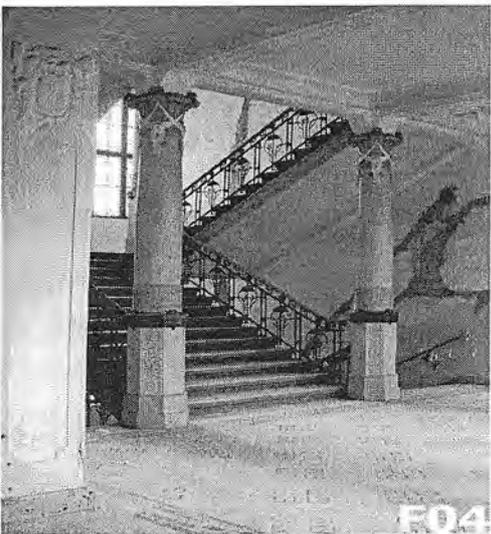
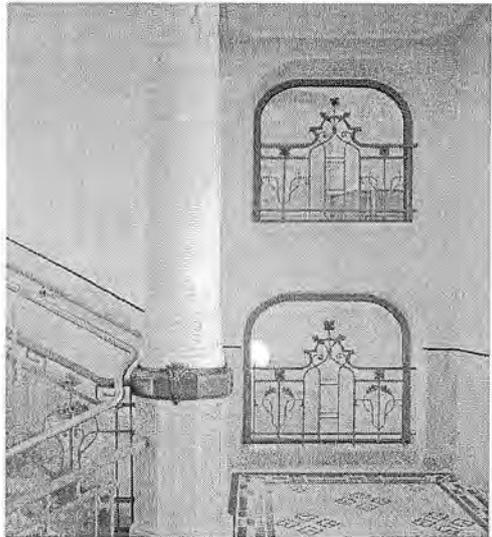
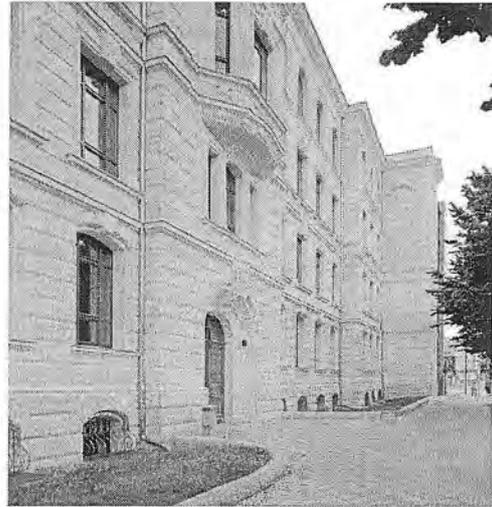
Vertragsunterzeichnung:	15. November 2007
Sanierungsdauer:	15 Monate
Übergabe:	31. Juli 2009
Investitionsvolumen:	41 Mio. € brutto einschl. Bauzwischenfinanzierung
Fertigstellung:	termingerecht
Baukosten:	im Kostenrahmen
Qualität:	hochwertig
bisher bekannte Baumängel:	keine

Deutliche Baukosteneinsparung gegenüber Eigenerledigung:

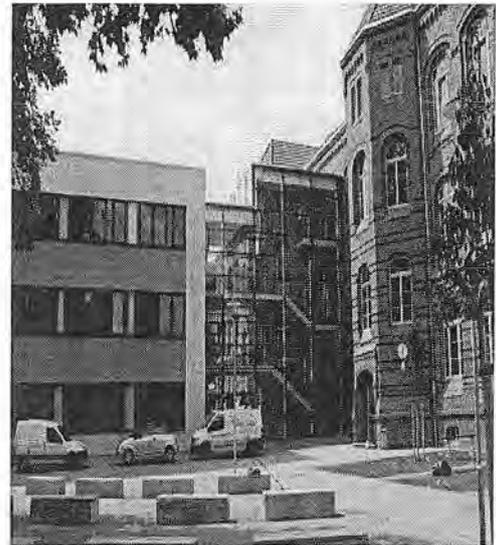
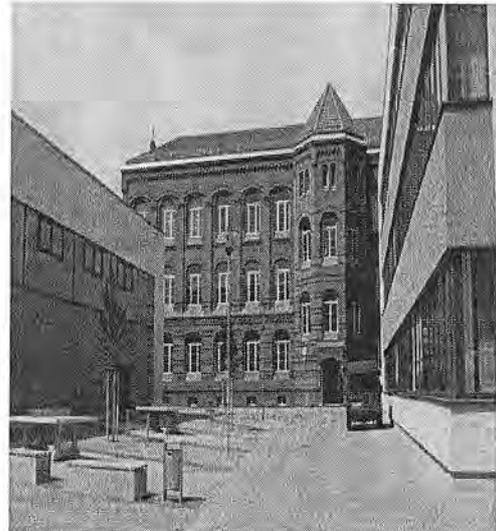
Durchschnittliche Baukosten Paket 1	938 € / m ² BGF brutto (indexiert)
Durchschnittliche Baukosten Hochbauamt 1996 – 2001	1.465 € / m ² BGF brutto (indexiert)

Magdeburg, 30. September 2010

BbS III „Otto-von-Guericke“



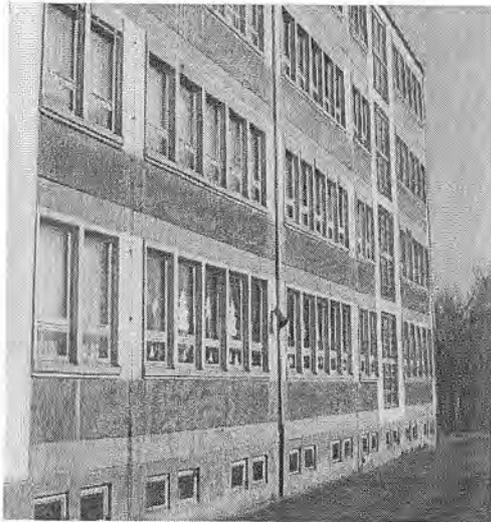
Siemensgymnasium



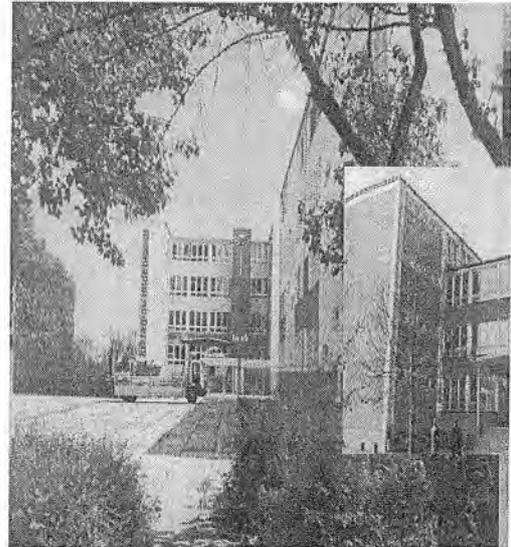
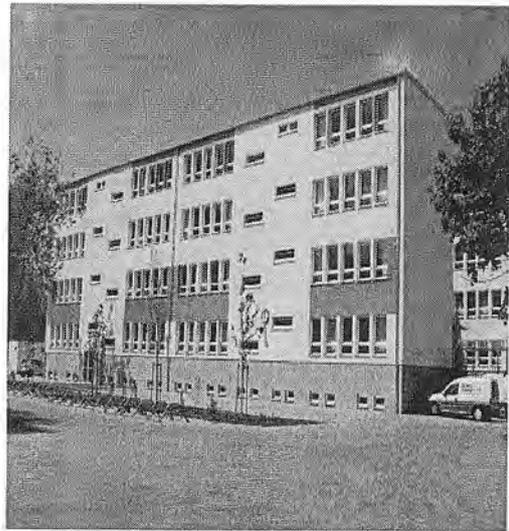
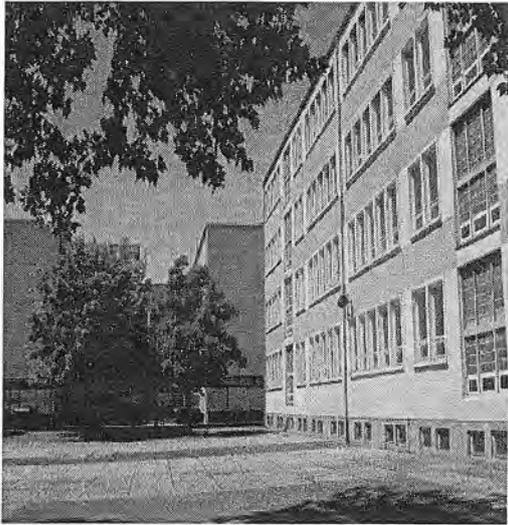
GS „Weitlingstraße“



GS „Friedenshöhe“



IGS „R. Hildebrandt“



Stellungnahme zu den Prüfungsergebnissen des Landesrechnungshofes:

1. Die Beschaffungsrealität des im Zeit- und Budgetplans realisierten PPP-Projektes Paket 1 widerlegt die Behauptungen des Landesrechnungshofes.
 - keine Baukostensteigerungen
 - keine Bauzeitverzögerungen
 - keine Baumängel
 - keine Gewährleistungsfälle
 - keine Nutzungsausfälle während des ersten Betriebsjahres
 - Nutzungsentgelt gemäß Vertrag

2. Die Einschätzung des Landesrechnungshofes zum Vergabe-, Vertrags- und Haushaltsrecht entspricht weder der geltenden Rechtslage, noch praktischer Handhabung. Der Landesrechnungshof zeigt keine gangbaren und rechtlich zulässigen Lösungswege auf.
 - alle vergaberechtlich maßgebenden Vorschriften wurden erfüllt
 - insbesondere wurde der Stadtratsbeschluss zur losweisen Vergabe durch die getrennte Ausschreibung der PPP-Pakete erfüllt
 - In den Verträgen wurden für die Landeshauptstadt äußerst günstige Konditionen vereinbart
 - die Landeshauptstadt hat ihr haushaltsrechtliches Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt und den Haushalt konsolidiert

3. Die Vorgaben der einschlägigen Leitfäden wurden eingehalten, gegenteilige Behauptungen sind nicht nachvollziehbar.
 - Leitfäden beschreiben abstrakte Vorgehensweisen in einem Phasenmodell
 - alle definierten Phasen wurden von der Verwaltung beachtet
 - die Ausschreibung erfolgte auf Basis einer ausreichend fundierten Wirtschaftlichkeitsprognose
 - die Vergabe erfolgte auf Basis eines Wirtschaftlichkeitsnachweises
 - die tatsächlich durch die Vergabe realisierten Kosten liegen unter denen der letzten herkömmlichen Beschaffung

4. Der Rechnungshof attestiert der Landeshauptstadt mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit und spricht dem Projekt seine Zulässigkeit ab. Er ignoriert damit das durch die zuständige Rechtsaufsicht genehmigte Haushaltssicherungskonzept
 - Nachweis der Unabweisbarkeit durch den Landesbetrieb Bau bestätigt
 - Abbildung der Finanzierungsfähigkeit im Haushalt der Landeshauptstadt erfolgt
 - Genehmigung durch das Landesverwaltungsamt erteilt
 - Haushaltssicherungskonzept der Landeshauptstadt genehmigt

5. Der Rechnungshof behauptet zusätzliche finanzielle Risiken durch das gewählte Forfaitierungsmodell, die es jedoch nicht gibt, weil:

- die Risiken der reinen Forfaitierung identisch zu den Risiken von Eigenbau mit Kreditaufnahme sind
 - durch anschließende Betriebsverpflichtungen die Risikoposition der Landeshauptstadt wesentlich verbessert wird, Ansprüche auf vertragsgemäßem Zustand aller Bauteile bestehen nicht nur im Zeitraum der Bau-Gewährleistung, sondern während der gesamten Betriebslaufzeit
6. Umfangreiche Stellungnahmen und Erläuterungen der Landeshauptstadt zu einzelnen Sachverhalten sind im Prüfbericht leider unberücksichtigt geblieben. Der Prüfbericht beurteilt unkommentierte Aktenlage, zitiert auszugsweise, zum Teil sinnentfremdend.

Stellungnahme zum Prüfbericht des Landesrechnungshofs zur überörtlichen Prüfung der Landeshauptstadt Magdeburg mit dem Schwerpunkt „Wirtschaftlichkeit von PPP-Projekten“ vom 03. August 2010

I. Rechtsgrundlage der Prüfung

Grundlage der überörtlichen Prüfung der Landeshauptstadt Magdeburg ist § 126 der Gemeindeordnung des Landes Sachsen-Anhalt. Die Vorschrift lautet wie folgt:

„§ 126“

Überörtliche Prüfung

(1) Die überörtliche Prüfung der kreisangehörigen Gemeinden und der Verwaltungsgemeinschaften obliegt dem Rechnungsprüfungsamt des Landkreises als Gemeindeprüfungsamt. Die überörtliche Prüfung der kreisfreien Städte und der Gemeinden sowie Verwaltungsgemeinschaften mit mehr als 25000 Einwohnern obliegt dem Landesrechnungshof.

(2) Der Landesrechnungshof legt im Benehmen mit dem Ministerium des Innern im Rahmen der Gesetze die allgemeinen Grundsätze zum Prüfungsverfahren, die zu prüfenden Kommunen sowie die Zusammenarbeit mit den Kommunalaufsichtsbehörden fest. Der Landesrechnungshof leitet die Prüfberichte den Kommunalaufsichtsbehörden zu. Diese veranlassen die geprüften Kommunen zur Erledigung von Beanstandungen.

(3) Die Gemeindeprüfungsämter und die mit der Durchführung überörtlicher Prüfungen beauftragten Prüfer sind bei der sachlichen Beurteilung der Prüfungsvorgänge unabhängig und insoweit an Weisungen nicht gebunden.

(4) Die überörtliche Prüfung stellt fest,

1. *ob die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gemeinden den Gesetzen und den zur Erfüllung von Aufgaben ergangenen Weisungen entspricht und die zweckgebundenen Zuschüsse Dritter bestimmungsgemäß verwendet sind (Ordnungsprüfung),*
2. *ob das Kassenwesen der Gemeinden zuverlässig eingerichtet ist (Kassenprüfung),*

3. *ob die Verwaltung wirtschaftlich und zweckmäßig durchgeführt wird (Wirtschaftlichkeits- und Organisationsprüfung).*

(5) Das Ergebnis der überörtlichen Prüfung wird in Form eines Prüfungsberichtes

1. *der geprüften Gemeinde,*
2. *der Kommunalaufsichtsbehörde,*
3. *den Fachaufsichtsbehörden, soweit ihre Zuständigkeit berührt ist,*
4. *dem Landesrechnungshof, soweit dieser nicht selbst geprüft hat,*

zugeleitet.

(6) Der Bürgermeister leitet den Prüfungsbericht mit seiner Stellungnahme an den Gemeinderat weiter.“

II. Befugnisse des Landesrechnungshofes

1. Ordnungsmäßigkeitsprüfung

Die Ordnungsmäßigkeitsprüfung nach § 126 GO LSA umfasst nicht nur das Haushaltsrecht, sondern das gesamte für das Finanzgebaren der geprüften Verwaltung maßgebende Recht einschließlich der Verwaltungsvorschriften (Heuer/Engels, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 90 BHO, Anm. 3).

Verfügt die Verwaltung über Ermessen, so ist im Rahmen der Ordnungsmäßigkeitsprüfung nur zu prüfen, ob die Verwaltung ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten hat (Heuer/Engels, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 90 BHO, Anm. 3). Gleiches gilt für der Verwaltung zustehende Beurteilungsspielräume.

Im Rahmen der Ordnungsmäßigkeitsprüfung ist der Landesrechnungshof daher nicht befugt, an Stelle der Landeshauptstadt ein eigenes Ermessen oder seine Beurteilung auszuüben. Vielmehr ist der Landesrechnungshof auf die Überprüfung von Ermessens- oder Beurteilungsfehlern beschränkt.

2. Wirtschaftlichkeits- und Zweckmäßigkeitsprüfung

Unter Wirtschaftlichkeit im Sinne des § 126 GO LSA ist die Optimierung zwischen den angestrebten Zielen und den einsetzbaren Mitteln (Maximierungsgebot) sowie die Minimierung der zur Zielerreichung erforderlichen Haushaltsmittel (Sparsamkeitsgebot) zu verstehen (Kommentar zum Haushaltsrecht, § 90 BHO, Anm. 11).

Mit dem Maßstab der Wirtschaftlichkeit kann auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns erfasst werden. Dies schließt aber aus, dass das Prüfungsergebnis auf eine Ermessensentscheidung zu Lasten der geprüften Verwaltung abzielt (Kommentar zum Haushaltsrecht, § 90 BHO, Anm. 3).

Zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchung gehört die Prüfung, ob eine Aufgabe durchgeführt werden muss und ob sie durch eine staatliche Stelle durchgeführt werden muss (Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung des Landes Sachsen-Anhalt – VV-LHO vom 9. August 1991, MBl. LSA S. 721, VV-LHO zu § 7, Anm. 1).

§ 7 Abs. 1 S. 2 der Bundeshaushaltsordnung präzisiert diese Anforderungen dahingehend, dass die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Prüfung verpflichten, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfordert danach auch die Prüfung, ob die Verwaltung die Eigenerledigung wählt oder ob eine Möglichkeit zur Realisierung als PPP-Projekt besteht (Dittrich/Köckritz/Lamm, BHO, § 7 Rn. 17).

III. Ausführliche Stellungnahme zu den Prüfungsergebnissen

Der Teil 1 der Stellungnahme bezieht sich auf die Zusammenfassung der Prüfungsergebnisse auf den Seiten 5 und 6 des Prüfberichts. In Teil 2 wird zu den weiteren Prüfungsergebnissen Stellung genommen.

Teil 1:

Zu Pkt. 3.2, S. 5

„Public Private Partnership (PPP) als Beschaffungs- und Finanzierungsinstrument für Investitionsvorhaben kann bei Einsparungen gegenüber dem konventionellen Bau und Betrieb als alternative Methode angewendet werden. PPP-Projekte, die sich die öffentliche Hand konventionell finanziert nicht leisten kann, darf sie sich ebenso wenig alternativ finanziert leisten.“

Gegenstand des PPP-Projektes der Landeshauptstadt sind ausschließlich unabweisbare Ausgaben zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichtaufgabe der Landeshauptstadt als Schulträger i.S.v. § 64 Abs. 1 SchulG LSA. Realisierbare Handlungsalternativen zeigt der Entwurf des Prüfberichts nicht auf.

Die Auffassung des Landesrechnungshofes kann die Landeshauptstadt Magdeburg nicht nachvollziehen. Gemäß § 92 Abs. 3 GO ist ein Haushaltskonsolidierungskonzept vorgelegt und beschlossen worden, welches die Wiedererlangung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Landeshauptstadt Magdeburg mit dem Erreichen des Jahres 2015 hinreichend und vollständig beschreibt.

Zu Pkt. 4.2.1 S.5

„Die Vergabe der Beratungsleistungen hat die Landeshauptstadt nicht entsprechend der vorgeschriebenen VOF-Verfahren durchgeführt.“

Der Auftrag lag unterhalb der Schwellenwerte, daher war die VOF auf die Beratungsleistungen „Erstellung der Wirtschaftlichkeitsprognose“ nicht anwendbar.

Zu Pkt. 4.7, 4.8, S.5, S.25ff

„Der Beschluss zur Durchführung des PPP-Projektes, in den 20 Schulen einbezogen wurden, fasste der Stadtrat der Landeshauptstadt Magdeburg zu einem Zeitpunkt, zu dem die Wirtschaftlichkeit noch nicht ausreichend nachgewiesen war.“

Der abschließende Nachweis der Wirtschaftlichkeit eines PPP-Projektes kann erst mit Abschluss eines Vergabeverfahrens erbracht werden. Nur auf Basis dieses Nachweises kann bei der zuständigen Rechtsaufsicht der Antrag auf Genehmigung gem. den §§ 100 Abs. 5 und 101 Abs. 1 GO LSA eingereicht werden.

Die Leitfäden zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsrechnungen gehen von einem Phasenablauf aus. Beispielhaft definiert der Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsvergleich“ der PPP-Task Force des Landes NRW, S. 6 ff., in der Phase I des Beschaffungsprozesses die Bedarfsfeststellung, in der Phase II die Wirtschaftlichkeitsprognose und nach Vorliegen endverhandelter Verträge in der Phase III den Wirtschaftlichkeitsnachweis. Als Phase IV werden die Implementierung und das Vertragscontrolling definiert.

Der Stadtrat entschied am 14. Juli 2005 auf der Basis einer ausreichend fundierten Wirtschaftlichkeitsprognose und berücksichtigte die kommunalaufsichtsrechtlichen Erfordernisse durch den Vorbehalt der Inaussichtstellung einer Genehmigung. Die nachfolgenden Arbeiten zur Unabweisbarkeitsprüfung sind ausschließlich Anforderungen des Landesverwaltungsamtes geschuldet.

Die Forderung des Landesrechnungshofes, dass die Wirtschaftlichkeit bereits feststehen muss, bevor eine Entscheidung für die PPP-Variante fällt, würde sich nur durch eine Parallelausschreibung verwirklichen lassen, bei der zum gleichen Beschaffungsgegenstand sowohl die Eigenerledigung, als auch die PPP-Erledigung ausgeschrieben wird.

Gegen eine solche Parallelausschreibung zur Ermittlung der wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit der PPP-Variante bestehen jedoch bereits schwere rechtliche Bedenken:

- *VK Thüringen, Beschl. v. 20.03.2001, 216-4003.20-001/01-SHL-S,*
- *OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 234*
- *Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2. Teil, 9.1, S. 301*
- *Leinemann/Kirch, ÖPP-Projekte konzipieren, ausschreiben, vergeben, Zweiter Teil, 3. b), S. 80*

Gemäß § 16 Nr. 2 VOL/A sind Ausschreibungen zur Markterkundung unzulässig. Genau das wäre bei einer Parallelausschreibung der Fall.

Auf Grund der unterschiedlichen Ansätze der beiden Verfahren besteht nicht die notwendige Transparenz. Getrennte Vergabeverfahren führen dazu, dass sich Bieter im Vertrauen darauf, dass ihre Angebote eine Chance auf den Zuschlag haben, in Aufwendungen für die Angebotsbearbeitung stürzen, die Ausschreibung jedoch dann auf Grund rechtlich nicht nachprüf-

barer Kriterien, die letztlich aus einem anderen Vergabeverfahren herrühren, aufgehoben wird und ihr Angebot damit ins Leere läuft. Die Forderung des Landesrechnungshofes, dass die Wirtschaftlichkeit bereits zu einem Zeitpunkt der Entscheidung für die Durchführung eines PPP-Projektes nachgewiesen sein muss, erweist sich damit als vergaberechtswidrig.

Die Forderung ist auch nicht zweckmäßig, wie sich ohne weiteres aus den Hinweisen im Leitfaden „PPP im öffentlichen Hochbau, Band IV, 3.3.3, S. 39“ zu Doppelausschreibungen nach dem sog. Thüringer ABC-Modell ergibt (Teil A: Bauleistung als Generalunternehmerangebot; Teil B: Finanzierung, Teil C: Bau und Finanzierung aus einer Hand):

„Es hat sich aber gezeigt, dass bei einer Kombination der Lose von A und B die Nutzung von Synergieeffekten und der Transfer von Risiken auf den Privaten nur eingeschränkt möglich sind. Ein B-Bieter, der erst im Ausschreibungsverfahren verpflichtet wird, mit einem Bieter für Los A zusammenzuarbeiten, ist kaum bereit, Risiken aus dem Bauprozess zu übernehmen.

In der Praxis stellen B-Bieter ihre Finanzierungsangebote unter Hinweis auf § 18 des Kreditwesengesetzes unter den Vorbehalt der Bonitätsprüfung des A-Bieters. Bauunternehmen wiederum, die sich im Ergebnis der Ausschreibung nicht einem öffentlichen, sondern einem privaten Auftraggeber gegenübersehen, fordern von diesem zusätzliche Sicherheiten nach § 648a BGB. Die Verhandlungen zur Herstellung der Kombination aus A und B sind mit erheblichem Aufwand verbunden und stellen oftmals schon erste Nachtragsverhandlungen dar. Beide Bieter versuchen dabei oft, Risiken auf die öffentliche Hand zurück zu übertragen.

Eine der ursprünglichen Überlegungen des A-B-C-Modells war die Formel: A + B ergibt C. Die Kombination vom Bauangebot A mit einer Eigenfinanzierung stellt rechnerisch den Vergleich zu C bzw. A plus B dar. Bei dieser Art der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung werden jedoch die strukturellen Unterschiede der Handlungsalternativen hinsichtlich der Aufgabenerfüllung und der Übernahme von Risiken durch die Privaten nicht hinreichend berücksichtigt. So muss und kann ein Bieter auf Los C mehr Risiken übernehmen als ein Bieter B. Noch komplizierter und aufwendiger ist ein Vergleich, wenn in Los A eine Einzelgewerksvergabe möglich ist, wie z. B. bei den Ausschreibungen für ein Lebensmitteluntersuchungsamt in Oldenburg oder für ein Finanzamt in Ludwigsburg. Hier ist auch noch der qualitative Unterschied zwischen der Summe der besten Angebote für die Einzellose und dem Angebot eines Generalunternehmers zu bewerten.“

Im Ergebnis war der Entscheidungsprozess der Landeshauptstadt bei der Entscheidung für die PPP-Variante daher sowohl rechtmäßig als auch zweckmäßig.

Der Rechnungshof stellt fest, dass durch die Arbeiten zur „Nullvariante“ sowie zur „Unabweisbarkeitsprüfung“ weitere Beratungsleistungen in Anspruch genommen und dadurch zusätzliche Kosten verursacht wurden.

Die Arbeiten zur „Nullvariante“ sind den Forderungen des Landesverwaltungsamtes geschuldet. Sie wurden weitgehend von Mitarbeitern der Verwaltung der Landeshauptstadt durchgeführt. Externe Beratungsleistungen wurden lediglich zur Abbildung der Ergebnisse im Bewertungsmodell in geringem Umfang in Anspruch genommen.

Zu Pkt. 6.1, 9.1 und 9.2

„Durch die Gestaltung des PPP-Vertrages können der Landeshauptstadt Mehrkosten entstehen. Des Weiteren bestehen Risiken über die Auslegung einzelner Passagen des Vertrages.“

Stellungnahme zu den Baukosten:

Die Feststellung beruht offenbar nicht auf einer gesicherten Datengrundlage und entspricht nicht der Beschaffungswirklichkeit.

Bei jedem konventionellen Bauprojekt führen Weisungen des Auftraggebers (§ 1 Nr. 3 u. 4 VOB/B) zu Mehrvergütungsansprüchen des Auftragnehmers (§ 2 Nr. 5 u. 6 VOB/B). Es ergibt sich mithin kein Unterschied zum PPP-Vertrag, da er die bewährten Regelungen der VOB aufgreift.

Soweit der Landesrechnungshof meint, bei einer Eigenerledigung würden weniger Kosten für Rechtsstreitigkeiten anfallen, geht dies an der Beschaffungswirklichkeit vorbei. Während es bei der Baurealisierung der 5 Schulen des PPP-Paketes 1 überhaupt keine Probleme im Hinblick auf Qualität, Pünktlichkeit und Kosten gab, bereiten der Landeshauptstadt die konventionell verwirklichten Bauprojekte der Bördelandhalle, des Theaters, des Gesellschaftshauses und der Elbeschwimmhalle ganz erheblichen Aufwand an Zeit und Geld für Rechtsstreitigkeiten, die sich zum Teil bereits über 10 Jahre erstrecken. Da diese Rechtsstreitigkeiten bei der Eigenerledigung den Mitarbeitern des Landesrechnungshofes allein schon aus den Presseveröffentlichungen bekannt sind, fragt es sich, wie es gleichwohl zur Feststellung kommen kann, die Eigenerledigung sei „rechtssicherer“ und daher kostengünstiger. Die Realität der städtischen Erfahrungen belegt das Gegenteil.

Soweit der Prüfbericht kritisiert, der PPP-Projektvertrag sehe in den §§ 11 und 12 Streit-schlichtungsmechanismen vor, wird offenbar übersehen, dass § 18 Abs. 3 VOB/B den Abschluss von Schlichtungs- und Schiedsgerichtsverfahren ausdrücklich vorsieht. Bei Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 3. Aufl., § 18 VOB/B Rn. 28 heißt es hierzu:

„§ 18 Abs. 3 VOB/B wurde durch Beschluss des Verdingungsausschusses vom 27.6.2006 neu eingeführt. Die Neuregelung wurde damit begründet, dass sich das Verfahren nach § 18 Abs. 2 VOB/B für eine Vielzahl von öffentlichen Bauaufträgen als zur Streitbeilegung bewährt herausgestellt habe, sich entsprechendes insbesondere für komplexe Bauvorhaben auch bei anderen Streitverhältnissen anbiete. Mit der Einfügung werde die Möglichkeit eines außergerichtlichen Verfahrens zur Streitbeilegung anerkannter Regeln der Technik und soll auch die Gerichte entlasten. Die Vereinbarung soll möglichst vor bzw. mit Vertragsschluss für ein baubegleitendes Verfahren getroffen werden.“

Die §§ 11 und 12 des PPP-Projektvertrages der Landeshauptstadt Magdeburg sehen daher vergleichbare Regelungen vor, wie der PPP-Mustervertrag des BMVBS in den dortigen §§ 13 und 14 enthält (Regelung von Meinungsverschiedenheiten, Vertragsbeirat, Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit). Der Prüfbericht kritisiert damit im Ergebnis Regelungen des von ihm selbst als Prüfungsmaßstab herangezogenen Leitfadens des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung: „Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von Public

Private Partnership-Modellen im kommunalen Hoch- und Tiefbau“ (PPP-Schulstudie), Leitfa-
den V: PPP-Mustervertrag Inhabermodell.

Stellungnahme zu den Betriebskosten:

Soweit der Prüfungsbericht sich generell gegen Preisanpassungsregelungen ausspricht, steht er wiederum im Widerspruch zu dem als Prüfungsmaßstab herangezogenen Leitfaden des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung: „Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes von Public Private Partnership-Modellen im kommunalen Hoch- und Tiefbau“ (PPP-Schulstudie), Leitfaden V: PPP-Mustervertrag Inhabermodell.

Der PPP-Mustervertrag Inhabermodell sieht in „§ 11 Fortschreibung und Neuvereinbarung von Vergütungsbestandteilen“ einen jährlichen Anspruch der Projektgesellschaft auf eine Vergütungsanpassung vor.

Das Magdeburger Modell ist weit preisstabiler. Auf Grund der mit dem Angebot einzureichenden detaillierten Formblätter, welche Gelder jeweils für das infrastrukturelle, technische und kaufmännische Gebäudemanagement zu verwenden sind, bestehen die befürchteten Auslegungsschwierigkeiten nicht.

Preisanpassungsklauseln in Dauerschuldverhältnissen sind im Übrigen auch notwendig, um auf Dauer das Vertragsgleichgewicht zu sichern:

- *Reuter, BrBp 2005, 486 (Preisanpassungsklauseln für den Gebäudebetrieb),*
- *von Westphalen, ZIP 2008, 669 (Preisanpassung für die Energieversorgung).*

Die §§ 11 und 12 des PPP-Projektvertrages sind daher sowohl rechtmäßig als auch zweckmäßig.

Zu Pkt. 6.2.1 und 6.2.2

„Im Wirtschaftlichkeitsvergleich ist auf Grund der von der Stadt zu Grunde gelegten unvollständigen Sachverhalte die Vorteilhaftigkeit der PPP-Variante nicht schlüssig nachgewiesen.“

Stellungnahme zu den Baukosten der Eigenerledigung:

Zur Ermittlung der Baukosten der Eigenerledigung wurden tatsächlich abgerechnete Komplettsanierungsmaßnahmen an mehreren Schulen der Landeshauptstadt Magdeburg umfassend ausgewertet. Die ausgewerteten Komplettsanierungsmaßnahmen zur Beseitigung unabweisbarer Mängel entsprechen der Aufgabenstellung, die mit den Eckpunkten der outputspezifizierten Leistungsbeschreibung für das PPP-Projekt verfolgt wird und bilden die Kosten der letzten herkömmlichen Beschaffungsmethode der Landeshauptstadt sowie ihren Umgang mit Flächenangeboten exakt ab.

Der Leitfaden PPP im öffentlichen Hochbau, Band III, stellt dazu auf Seite 20 fest: „Um einen fairen Vergleich zwischen konventioneller und PPP-Realisierung zu ermöglichen, hat die konventionelle Variante die aktuelle Beschaffungswirklichkeit des jeweiligen Maßnahmenträgers bzw. Projektinitiators abzubilden.“

Durch die Kennzahlenbildung auf Basis abgerechneter, vergleichbarer Maßnahmen wurden nicht nur die Beschaffungswirklichkeit, sondern ebenfalls die nennenswerten Planungs-, Bauzeiten- und Baukostenrisiken der Landeshauptstadt eines Portfolios verschiedener Maßnahmen erfasst.

Stellungnahme der Baukostenermittlung der PPP-Variante

Die Kalkulation der Baukosten der PPP-Variante erfolgte in zwei Schritten. Zunächst wurden die Baukosten für eine hypothetische Komplettsanierung des Portfolios ohne Berücksichtigung bereits durchgeführter objektspezifischer Maßnahmen durchgeführt. Zur Kalkulation der Sanierungskosten wurden Standardwerke zur Ermittlung von Baukosten wie z. B. Baukosten: Instandsetzung, Umnutzung, Modernisierung, Sanierung Schmitz/Krings/Dahlhaus/Meisel sowie Marktergebnisse bereits durchgeführter Ausschreibungen vergleichbarer Projekte herangezogen.

Der Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsvergleich“ der PPP-Task Force des Landes NRW beschreibt in Abschnitt 7 die Vorgehensweise zur Ermittlung des PPP-Referenzprojektes folgendermaßen: „Ausgehend vom konventionellen Referenzprojekt werden die voraussichtlichen Gesamtkosten des PPP-Referenzprojektes unter Berücksichtigung von vorgeschlagenen Aufgabenübertragungen, angenommenen Effizienzvorteilen und beabsichtigten Risikoübertragungen berechnet.“

Die in Magdeburg gewählte Vorgehensweise der Baukostenermittlung PPP geht qualitativ über diese reine Annahme von Effizienzvorteilen hinaus. Der pauschale Abschlag auf die Kostenkennwerte von 6 % im Vergleich zur Eigenerledigung erfolgte auf Basis einer rechnerischen Ermittlung als Differenz zwischen dem Marktpreis bereits erbrachter Sanierungsleistungen und den von der Landeshauptstadt tatsächlich eingesetzten Mitteln für diese Sanierungsleistungen.

In einem zweiten Schritt erfolgte anhand der identifizierten Effizienzvorteile ebenfalls eine objektspezifische Kalkulation der Baukosten PPP analog der Eigenerledigung.

Stellungnahme zu den tatsächlich realisierten Baukosten nach Fertigstellung im Paket 1

Im Paket 1 wurden 5 Schulen mit einer Fläche von ca. 43.000 m² BGF saniert. Ohne Kosten der Bauzwischenfinanzierung betrug der Baupreis brutto je m² BGF ca. 893 €. Die indexierte Kennzahl beläuft sich zum Stichtag 12/2009 auf **938 €/ m² BGF**. Die Landeshauptstadt Magdeburg hat in der Zeit von 1996 bis 2001 mehrere vergleichbare Hochbauprojekte durchgeführt (z. B. Sanierung der BbS II, IV, Hegelgymnasium, Einsteingymnasium, Hegel-Leibniz-Schule). Im Mittel beliefen sich die Durchschnittskosten dieser abgerechneten Generalsanierungen indexiert auf Ende 2009 auf **1.465€ / m² BGF**. Im Vergleich zu den Kosten der letzten herkömmlichen annähernd vergleichbaren Beschaffung der Landeshauptstadt realisiert das PPP Projekt nennenswerte wirtschaftliche Vorteile. Diese Kostenvorteile wurden entsprechend des Kenntnisstandes 2005 – 2007 im Wirtschaftlichkeitsnachweis dokumentiert. Ergänzende Kenntnisse und weitere Kostentransparenz für die PPP-Projekte erlangte die Landeshauptstadt mit der teilweisen Überführung des Hochbauamtes in das KGM.

Zu Pkt. 6.2.3

„Mit der oben angeführten Verfahrensweise hat die Landeshauptstadt Magdeburg gegen die Verpflichtung verstoßen, vorrangig den Haushaltsausgleich zu erreichen. Die Gewinnausschüttungen der Städtischen Werke GmbH hätten nach dem Grundsatz der Gesamtdeckung zur Reduzierung des Defizits im Verwaltungshaushalt eingesetzt werden müssen“.

Die Auffassung des Landesrechnungshofes kann die Landeshauptstadt Magdeburg nicht nachvollziehen. Gemäß § 92 Abs. 3 GO ist ein Haushaltskonsolidierungskonzept vorgelegt und beschlossen worden, welches die Wiedererlangung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Landeshauptstadt Magdeburg mit dem Erreichen des Jahres 2015 hinreichend und vollständig beschreibt.

Mit den Drucksachen 0058/03 (Beschluss-Nr. 2317-65(III)03), 0584/03 (Beschluss-Nr. 2645-73(III)03), 0833/03 (Beschluss-Nr. 2877-78(III)04), 0768/04 (Beschluss-Nr. 272-7(IV)04), 0516/05 (Beschluss-Nr. 752-Z001(IV)05), 0148/06 (Beschluss-Nr. 986-33(IV)06), 0126/07 (Beschluss-Nr. 1476-Z003(IV)07), 0218/08 (Beschluss-Nr. 1973-66(IV)08) und 0434/08 (Beschluss-Nr. 2291-76(IV)08) und der DS 0530/09 (Beschluss-Nr. 365-14(V)10) sowie den Informationen 0246/07 (vom Stadtrat am 27.09.2007 zur Kenntnis genommen) und 0279//07 (vom Stadtrat am 10.12.2007 zur Kenntnis genommen) wurde das Haushaltskonsolidierungskonzept der LHS MD begründet.

Die mit der Haushaltskonsolidierung verbundenen finanziellen Entwicklungspfade finden ihr Pendant in den Jahresrechnungen der Haushaltsjahre 2006, 2007, 2008 und 2009. Die Ist-Einsparungspotenziale wurden vollständig in der Haushaltsplanung veranschlagt. In den Jahren 2006 bis 2009 konnten die geplanten Defizite durch die LHS MD unterschritten werden, so dass der eingeschlagene Weg der Haushaltskonsolidierung mit Ausgleich der Fehlbeträge im Jahre 2015 nachhaltig ist und sich nachweisbar für die Jahre 2006 bis 2009 darstellt. So konnten folgende Ergebnisverbesserungen gegenüber dem Plan in den jeweiligen Haushaltsjahren erreicht werden:

Haushaltsjahr 2006	Verbesserung um	+ 897 Tsd. Euro,
Haushaltsjahr 2007	Verbesserung um	+1.711 Tsd. Euro,
Haushaltsjahr 2008	Verbesserung um	+1.152 Tsd. Euro,
Haushaltsjahr 2009	Verbesserung um	+5.595 Tsd. Euro

Seit dem Jahr 2006 konnten somit 9.355 Tsd. Euro zusätzlich dem langfristigen Haushaltsausgleich zugeführt werden. Im Kontext der umgesetzten Haushaltskonsolidierungsmaßnahmen innerhalb der Haushaltsplanung und der hier dargestellten zusätzlichen Überschüsse aus den Jahren 2006 bis 2009 muss mit Nachdruck der Prüffeststellung des LRH widersprochen werden, dass die Landeshauptstadt Magdeburg nicht vorrangig die Zielstellung des Haushaltsausgleiches verfolgt.

Vielmehr kann konstatiert werden, dass die Landeshauptstadt Magdeburg über ihr nachhaltiges und nachweisbares Haushaltskonsolidierungskonzept finanzielle Freiräume erwirtschaften konnte. Demzufolge wurde es möglich, zwei Zielrichtungen (langfristiger Haushaltsausgleich durch Haushaltskonsolidierung vs. Ansparung von Rücklagen zur Finanzierung unabweisbarer Investitionen) zu verfolgen. Insbesondere dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit

gemäß § 90 (2) GO LSA wurde mit dieser strategischen Haushaltsführung Rechnung getragen.

Zu Pkt. 6.2.4

„Durch die Forderungsabtretung an die finanzierende Bank entsteht nach Einschätzung des Landesrechnungshofs ein erhebliches finanzielles Risiko für die Landeshauptstadt.“

Das behauptete „erhebliche finanzielle Risiko“ gibt es nicht. Im Gegensatz zur Eigenerledigung trägt während der Bauzeit nicht die Landeshauptstadt, sondern die Bank alle wesentlichen Projektrisiken. Aus dem PPP-Projektvertrag ergibt sich, dass die Landeshauptstadt erst dann an die Bank zahlen muss, wenn die Bauarbeiten fertig gestellt und als mängelfrei abgenommen sind. Bei der Eigenerledigung muss mit der mängelfreien Abnahme ebenfalls die Schlussrechnung bezahlt werden. Die Landeshauptstadt muss bei der PPP-Variante keine Abschläge für Teilleistungen zahlen, wie es bei der konventionellen Beschaffung auf Grund § 632a BGB der Fall ist. Die Landeshauptstadt trägt somit jedenfalls kein höheres Risiko als im Fall der Eigenerledigung.

Zu verweisen ist insoweit auf Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2. Teil, 9.1, S. 446:

„Für die Kommune (= AG) ist die Forfaitierung letztlich folgenlos. Sie zahlt die mit der Projektgesellschaft (= AN) vereinbarten Entgeltzahlungen in der vereinbarten Höhe und zu den vereinbarten Zeitpunkten, statt an den AN nunmehr an die Bank. Es entstehen keine weiteren Belastungen, also auch keine zusätzlichen Kosten, Zinsen oder sonstige Nebenleistungen.“

Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die Forfaitierung insbesondere die Mängelansprüche der Landeshauptstadt unberührt lässt. Weiter ist die Stadt durch Vertragserfüllungs- und Mängelgewährleistungsbürgschaften, Abtretung der Versicherungsansprüche an sie, das Reservekonto und das Recht zum Eintritt in Subunternehmerverträge umfassend gesichert.

Die Abtretung an die Bank betrifft auch ausschließlich den Bauteil und nicht den Betriebsteil des PPP-Projektvertrages. Die Entgelte für den Betrieb werden an die Projektgesellschaft gezahlt und nicht an die Bank. Im Falle der Schlechtleistung kann das zu zahlende Entgelt durch die Landeshauptstadt gekürzt werden (Malusregelung und Service-Level-Agreement).

Ziel der Landeshauptstadt war und ist die Förderung des Mittelstandes. Eine Projektfinanzierung hätte dazu geführt, dass sich mittelständische Unternehmen nicht hätten bewerben können. Auch unter diesem Gesichtspunkt war die Forfaitierung daher nicht nur zweckmäßig, sondern geboten, um die Pflicht der Landeshauptstadt zur Beteiligung des Mittelstandes am Vergabeverfahren nach § 8 Abs. 1 S. 1 des Mittelstandsförderungsgesetzes zu erfüllen.

Die Forderungsabtretung bildet die Grundlage der Forfaitierung, dadurch werden bei dieser Finanzierungsform kommunalkreditähnliche Konditionen erzielt. Die Laufzeit der alternativen PPP - Finanzierung über einen Zeitraum von 28-30 Jahren entspricht der Finanzierung über

entsprechend vergleichbare Annuitätendarlehen bei herkömmlicher kommunaler Kreditfinanzierung. Daher muss die Wertung als „erhebliches finanzielles Risiko“ zurückgewiesen werden.

Die Höhe der abgetretenen Forderungen entspricht rein rechnerisch dem zu leistenden Schuldendienst einer herkömmlichen kommunalen Kreditfinanzierung. Es handelt sich demnach bei der angewandten Finanzierungsalternative gemäß der Systematisierung um eine Teilforfaitierung. Dabei wird nicht das gesamte Leistungsentgelt (Vollforfaitierung), sondern lediglich das auf die Bauleistung bezogene Entgelt abgetreten und mit dem Verzicht auf Einreden und Einwendungen forfaitiert. Der Einredeverzicht wird terminlich zum Zeitpunkt der erfolgten, mängelfreien Abnahme der Bauleistungen wirksam. Dokumentiert wird das gegenüber der Bank mit der Unterschrift der Landeshauptstadt Magdeburg über die Kenntnisnahme des Forderungsverkaufs nach Vorliegen des Bauabnahmetestats.

Die Art der Finanzierung in Form der Forfaitierung inkl. der Forderungsabtretung der Projektgesellschaft gegenüber der finanzierenden Bank beinhaltet im Vergleich zu einer herkömmlichen Kreditfinanzierung kein höheres finanzielles Risiko.

Zu Pkt. 6.2.5 und 6.3

„Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen entsprechen nicht den anerkannten PPP-Leitfäden. Dies gilt ebenso für die Risikobewertung.“

Die Anforderungen der Leitfäden werden hinsichtlich beider Punkte zu Gunsten der Landeshauptstadt übertroffen. Aus der Prüfungsfeststellung lässt sich nicht ersehen, ob es sich um eine Ordnungsmäßigkeitsprüfung, eine Zweckmäßigkeitprüfung oder eine in § 126 GO LSA nicht vorgesehene allgemeine Meinungsäußerung handelt.

Im Rahmen der Erstellung der Wirtschaftlichkeitsprognose erfolgten die Identifikation der relevanten Projektrisiken sowie die Bewertung dieser Risiken. Die Diskussion um die Projektrisiken wurde während des Vergabeverfahrens und der Verhandlungen intensiv fortgeführt. Die Vorgehensweise entspricht den Vorgaben der einschlägigen Leitfäden.

Die Ermittlung der Basiskosten erfolgt anhand abgerechneter Baumaßnahmen vergleichbarer Sanierungsprojekte. Die abgerechneten Baumaßnahmen enthalten sämtliche tatsächlich realisierten Kostenrisiken der Eigenerledigung über mehrere Maßnahmen und einen mehrjährigen Zeitraum.

Baukostenüberschreitungen der Eigenerledigung (auf Grund verschiedenster Risiken) konnten statistisch nicht explizit nachgewiesen werden. Die Berücksichtigung weiterer zusätzlicher oder pauschaler Planungs-, Bauzeit- oder Baukostenrisiken würde zu einer Doppelberücksichtigung von Risiken führen, da die verwendeten Ist-Zahlen auch die monetären Auswirkungen der tatsächlich eingetretenen Projektrisiken bereits abbilden.

Die letztendlich vertraglich fixierte Risikoallokation zwischen der Landeshauptstadt Magdeburg und den Bietern geht weit über die sonst von Bietern übernommenen Risiken hinaus und stellt sich im Ergebnis für die Landeshauptstadt als günstig dar. Alle relevanten Risiken wurden in intensiven internen Verhandlungsrunden der Landeshauptstadt identifiziert und im PPP-Projektvertrag adäquat abgebildet. Die Risikokosten der Bieter sind vollständig im aus-

verhandelten Angebot enthalten. Weitere Kosten, die für die Risikovorsorge notwendig wären, entstehen nicht. Auf Grund der bereits erfolgten Abrechnung der Baumaßnahmen der Pakete 1 und 2 konnte die Kostensicherheit für die Bauleistungen bereits in der Praxis nachgewiesen werden.

Der Leitfaden PPP im öffentlichen Hochbau, Band III, führt im Kapitel 4.4.2 aus: „Die bei der öffentlichen Hand verbleibenden Risiken beeinflussen die Entscheidungsfindung grundsätzlich nicht. Bei der Abbildung der konventionellen Beschaffungsvariante können diese Risiken also grundsätzlich vernachlässigt werden.“ Die Landeshauptstadt hat insoweit von den bestehenden Ermessensspielräumen der Risikobewertung Gebrauch gemacht.

Der Landesrechnungshof unterstellt, dass im Vergabeverfahren eine Leistungsreduzierung des Bauumfangs erfolgte, die in der Eigenerledigung nicht abgebildet wurde. Der abschließende Wirtschaftlichkeitsvergleich von Juli 2007 setzt auf einer Fortschreibung der Wirtschaftlichkeitsprognose von 2005 im Jahr 2007 auf. Diese Fortschreibung ist dokumentiert.

Eine Reduzierung der outputspezifizierten Leistungsbeschreibung im Hinblick auf das Nutzerbedarfsprogramm oder auf Funktionalität der Bauteile erfolgte nicht. Beide Erledigungsvarianten gehen von der Sanierung des gleichen Bedarfsprogramms aus. Insofern ist keine Anpassung der Baukosten bzw. der Flächenanforderungen in der Eigenerledigung erforderlich. Das Angebot IBW optimiert im Rahmen der gleichen Flächenvorgaben des Nutzerbedarfsprogramms wie für die Eigenerledigung jedoch die vorzuhaltende Fläche über Rückbau und Neubau. Das private Angebot hat damit vor dem Hintergrund der langfristigen Betriebsverpflichtungen effiziente Lösungen über den Lebenszyklus gefunden, die in der Eigenerledigung bisher nicht gefunden wurden. Die Landeshauptstadt selbst hat solche Anpassungsstrategien für Flächen im Bestand bislang nicht umgesetzt. Insofern erfolgt in der Eigenerledigung konsequent eine Fortschreibung der aktuellen Beschaffungswirklichkeit der Landeshauptstadt.

Der Wirtschaftlichkeitsnachweis enthält alle relevanten Kosten und entspricht dem Vorgehen der anerkannten Leitfäden.

Zu Pkt. 7.1

„Das gemäß dem PPP-Vertrag vorzuhaltende Guthaben auf dem Reservekonto ist für die beabsichtigte Absicherung zu gering.“

Diese Feststellung überrascht, insbesondere bei der Gegenüberstellung zu der als Vergleich bemühten Eigenerledigung. Bei der Eigenerledigung gibt es überhaupt kein Reservekonto.

Das Reservekonto wird im Wesentlichen für den Teil der Betriebsleistungen, der auf Instandhaltung und Instandsetzungen entfällt, gebildet. Die Ermittlung der Höhe der Ratenanteile für Instandhaltungsleistungen orientiert sich an den Empfehlungen der KGSt.

Nur für den Ratenanteil Instandhaltung/Instandsetzung bestehen langfristige Sicherungsbedürfnisse der Landeshauptstadt. Die Bauleistungen sind zu diesem Zeitpunkt bereits mangelfrei abgenommen. Da es sich durchweg um Grundstücke und Gebäude der Landeshauptstadt handelt, gehen die Sanierungsleistungen mit dem Einbau automatisch in das Ei-

gentum der Landeshauptstadt über (§ 946 BGB). Wieso der Prüfbericht das Reservekonto gleichwohl in einen Bezug zu den Bauleistungen stellt, wird weder erläutert, noch drängt sich ein erkennbarer Zusammenhang auf.

Auf das Reservekonto werden demnach alle Vergütungsanteile für die Instandhaltung und Instandsetzung eingezahlt, wie sich aus § 7 des PPP-Projektvertrages ergibt. Zur weiteren Absicherung wird das Reservekonto als Konto der Landeshauptstadt und nicht als Konto der Projektgesellschaft geführt. Auszahlungen erfolgen ausschließlich nach Vorlage einer abgestimmten Instandhaltungsplanung.

Der Mindestfüllstand des Reservekontos wurde darüber hinaus so festgelegt, dass neben den Sicherungsbedürfnissen für die Ratenanteile Instandhaltung/Instandsetzung auch Insolvenzsicherung erfolgen kann. Über den Mindestfüllstand können die Verpflichtungen für ca. drei Betriebsmonate abgedeckt werden.

Neben dem Reservekonto bestehen eine Bonus-Malus-Regelung und eine Vertragserfüllungsbürgschaft. Die Wirkungsweise des Sicherheitenkonzepts ergibt sich aus dem Verfahrensbrief als Teil der Verdingungsunterlagen.

Der gute Übergabezustand der Gebäude am Ende der Vertragslaufzeit ist über die Endschaftsregelung des PPP-Vertrages gesichert.

Zu Pkt. 7.3

„Die Verkürzung der Laufzeit für die Bewirtschaftung stellt eine wesentliche Veränderung der Verdingungsunterlagen dar. Die dadurch erforderliche Aufhebung der Ausschreibung hat die Landeshauptstadt nicht veranlasst.“

Auch bei dieser Feststellung bleibt unklar, ob es sich um eine Aussage zur Rechtmäßigkeit oder zur Zweckmäßigkeit handeln soll. Soweit es sich um eine Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit handeln soll, überschreitet der Prüfbericht die durch § 126 GO LSA vorgegebenen Prüfbefugnisse. Die im Prüfbericht bemühte Aufhebungsvorschrift des § 26 Nr. 1 VOL/A ist auf Verhandlungsverfahren überhaupt nicht anwendbar. Beim geprüften PPP-Projekt handelt es sich aber um ein Verhandlungsverfahren. Selbst wenn man die Vorschrift für anwendbar hielte, wäre der Landesrechnungshof nicht befugt, sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Landeshauptstadt zu setzen. Soweit es sich um eine Feststellung zur Zweckmäßigkeit handeln soll, ist festzustellen, dass die Verfahrensaufhebung allein schon auf Grund der damit verbundenen Kosten sowohl aus Bieter-, als auch aus Auftraggeber-sicht unzweckmäßig gewesen wäre.

Festzuhalten bleibt zunächst, dass die zitierte Vorschrift Aufhebungsvorschrift des § 26 Nr. 1 VOL/A auf Verhandlungsverfahren wie das vorliegende überhaupt nicht anwendbar ist und zwar auch nicht bei vorangegangenem Teilnahmewettbewerb:

- Müller-Wrede, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 26 Rn. 22,
- Ingenstau/Korbion, VOB Teil A und B, 17. Aufl. 2010, § 17 VOB/A Rn. 13,
- Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 3. Aufl. 2010, § 17 Rn. 4.

Der Prüfbericht enthält keinerlei Begründung, wieso die Vorschrift gleichwohl anwendbar sein soll.

Die Aufhebungsvorschrift des § 26 Nr. 1 VOL/A ist zudem eine Kann-Bestimmung, die dem öffentlichen Auftraggeber Ermessen einräumt:

- *BGH, Beschl. v. 10.11.2009, X ZB 8/09,*
- *Müller-Wrede, VOL/A, 2. Aufl. 2007, § 26 R. 38 mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen,*
- *Weyand, IBR-Online-Kommentar zum Vergaberecht, Rn. 5884 und 175.6.*

Selbst wenn einer der in § 26 Nr. 1 VOL/A genannten Aufhebungsgründe vorliegt, ist der Auftraggeber nicht zur Verfahrensaufhebung verpflichtet.

- *Ingenstau/Korbion, VOB Teil A und B, 17. Aufl. 2010, § 17 VOB/A Rn. 17,*
- *Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 3. Aufl. 2010, § 17 Rn. 21.*

Eine 28-jährige Vertragslaufzeit für die Bewirtschaftung hatte sich im Verhandlungsverfahren als nicht marktgerechte Forderung erwiesen. Die Reduzierung der Vertragslaufzeit auf das praktikable Maß von 28 Jahren auf 20 Jahre ist im Verhandlungsverfahren vergaberechtskonform:

- *VK Brandenburg, Beschluss vom 19.12.2008 - VK 40/08.*

Das Verhandlungsverfahren dient ja gerade der Festlegung des erst noch festzulegenden Vertragsinhaltes:

- *Weyand, IBR-Online-Kommentar zum Vergaberecht, Rn. 1408.*

Somit fehlt es an einem Aufhebungsgrund. Der PPP-Vertrag umfasst die Komponenten Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung. Nur die Laufzeit eines Bausteins wurde geändert und zwar verkürzt. Es wurde also nicht mehr vergeben, als zuvor in der Vergabebekanntmachung mitgeteilt.

Auch das in § 97 Abs. 2 GWB verankerte Gleichbehandlungsgebot greift bei dieser Sachverhaltskonstellation nicht. Schließt die Vergabestelle einen Bieter aus dem Wettbewerb aus, so erlischt das Rechtsverhältnis, aus dem sein Anspruch auf Gleichbehandlung erwächst, jedenfalls dann, wenn das beanstandete Angebot tatsächlich mit Mängeln behaftet ist, die ihm die Teilnahmefähigkeit am Wettbewerb und die Zuschlagsfähigkeit nehmen. Ein zwingend ausgeschlossener Bieter ist nicht länger "Teilnehmer an einem Vergabeverfahren" im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB und ist insbesondere des Anspruchs auf Gleichbehandlung mit den übrigen im Wettbewerb verbliebenen Bietern verlustig gegangen:

- *Weyand, IBR-Online-Kommentar zum Vergaberecht, Rn. 5884 und 175.6.*

Dem Prüfbericht kann daher nicht beigelegt werden, dass rechtmäßig ausgeschlossene Bieter gleichwohl hätten am weiteren Vergabeverfahren beteiligt werden müssen.

Anders als im Prüfbericht dargestellt war daher eine Verfahrensaufhebung nicht geboten (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Das der Landeshauptstadt zustehende Ermessen wurde nicht überschritten.

Im Falle einer gleichwohl erfolgten Verfahrensaufhebung hätten der Landeshauptstadt Schadenersatzklagen der Bieter mit erheblichen finanziellen Auswirkungen gedroht. Die Änderung auf eine 20-jährige Vertragslaufzeit war daher nicht nur rechtmäßig, sondern auch zweckmäßig.

Teil 2:

Zu Pkt. 3.1

„Investitionen im Bereich der Pflichtaufgaben sieht der Landesrechnungshof als notwendig an. Die erforderlichen Mittel für diese Investitionen muss die Stadt entsprechend der Priorität bereitstellen.“

Die Vorhaltung von betriebsbereiter und wirtschaftlicher Schulinfrastruktur ist eine Pflichtaufgabe der Kommunen. Die Ausgangsbasis für die Sanierung von Schulen sind die Daten der Geburten- und Bevölkerungsentwicklung. D. h. es ist die Bestandssicherheit im Rahmen der Schulentwicklungsplanung aufzuzeigen. Die Schulentwicklungsplanung ist somit auch die Basis für die Aufstellung von Prioritäten in der Sanierung der Schulinfrastruktur. Mit den Schulentwicklungsplänen der Landeshauptstadt Magdeburg wurde deutlich, dass der bauliche Zustand vieler Schulen erhebliche Mängel aufwies. Aus diesem Grund wurden durch die Landeshauptstadt Magdeburg die vom Bund und Land aufgelegten Förderprogramme für die Sanierung von Schulen genutzt. Es muss konstatiert werden, dass, obwohl vielfältige Förderprogramme durch die Landeshauptstadt Magdeburg genutzt worden sind, ein erheblicher Investitionsstau und infrastrukturelle Ausstattungsdefizite vorlagen.

- EUR -

Investitionsprogramm „Zukunft, Bildung u. Betreuung/IZBB“	2006 Fördermittel	2007 Fördermittel	2008 Fördermittel	Insgesamt Fördermittel erhalten
GS Lindenhof, San.	212.800	1.587.000	697.700	2.497.500
SekS Weitling, San.	121.500	1.200.000	849.000	2.170.500
SekS Müntzer, San.	184.000	1.197.000	676.000	2.057.000

Die o. g. Tabelle zeigt auf, dass in den Jahren 2006 – 2008 die Landeshauptstadt Magdeburg nur über ein Fördermittelprogramm (IZBB), finanzielle Mittel für 3 Schulen von insgesamt 6.725.000 EUR erhalten hat. Aus eigener Kraft konnte die Landeshauptstadt Magdeburg die notwendige Sanierung weiterer Schulen nicht realisieren, zumal 2007 und 2008 eine Kreditaufnahme durch die Kommunalaufsichtsbehörde untersagt wurde. Abschließend kann konstatiert werden, dass die erforderlichen Mittel für Investitionen entsprechend Priorität bereitgestellt worden sind. Die Finanzierung über die PPP-Maßnahmen gab der Landeshauptstadt Magdeburg die Möglichkeit, den Sanierungsstau in den Schulen als 100%-ige Eigeninvestition ohne Inanspruchnahme von Fördermitteln zu schultern.

Zu Pkt. 3.3

„Der Landesrechnungshof kann nachvollziehen, dass die Landeshauptstadt Magdeburg Wege gesucht hat, die Finanzierung der Schulsanierung abzusichern. Nach Auffassung des Landesrechnungshofes war es jedoch haushaltsrechtlich nicht zulässig, Gewinnausschüttungen der Städtischen Werke Magdeburg GmbH an eine zweckgebundene Rücklage für PPP-Maßnahmen zuzuführen. Diese Mittel hätten wie auch die weiteren Finanzierungsmittel durch die Umsetzung von Konsolidierungsmaßnahmen entsprechend dem Grundsatz der Gesamtdeckung zur Verbesserung der Ergebnisse im Verwaltungshaushalt dienen müssen.“

Die Auffassung des Landesrechnungshofes kann die Landeshauptstadt Magdeburg nicht nachvollziehen. Gemäß § 92 Abs. 3 GOLSA ist ein Haushaltskonsolidierungskonzept vorgelegt und beschlossen worden, welches die Wiedererlangung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Landeshauptstadt Magdeburg mit dem Erreichen des Jahres 2015 hinreichend und vollständig beschreibt.

Der Maßnahmenkatalog zur Konsolidierung der Fehlbedarfe wurde in die Haushaltsplanung der jeweiligen Haushaltsjahre als „Ist - Einsparungspotenzial“ eingearbeitet. Mit dem Haushaltsplan des Jahres 2009 wurde seinerzeit ein struktureller Überschuss von 2,2 Mio. Euro prognostiziert. Der Jahresabschluss des Jahres 2009 weist demgegenüber einen strukturellen Überschuss von 6,6 Mio. Euro aus. Schon im Jahre 2008 konnte das geplante Ergebnis von 93,6 Mio. Euro mit einem Ist-Abschluss in Höhe von 92,4 Mio. Euro um 1,2 Mio. Euro verbessert werden. So kann konstatiert werden, dass durch die Einsparungsbemühungen der Landeshauptstadt Magdeburg größere Nutzeneffekte resultierten, als bei Abschluss des PPP-Paket-1-Vertrages zu erwarten gewesen waren. Für das Jahr 2007 konnten 58,1 Mio. Euro an Ist-Einsparungspotenzial nachgewiesen werden. Dieses Ist- Einsparungspotenzial konnte im Jahr 2008 auf eine Höhe von 75,3 Mio. Euro gesteigert werden. Allen Haushaltskonsolidierungskonzepten der Landeshauptstadt Magdeburg innewohnend, ist der langfristige Ausgleich des Defizites im Jahr 2015. Demnach kann geschlussfolgert werden, dass dem § 92 Abs. 3 GOLSA vollumfänglich nachgekommen worden ist und die finanzielle Leistungsfähigkeit der Landeshauptstadt Magdeburg jederzeit gegeben war.

Aus diesem haushaltsrechtlichen Grundverständnis heraus kann weiterhin geschlussfolgert werden, dass bezüglich der finanziellen Leistungsfähigkeit im Konsolidierungszeitraum zwar keine Freiheitsgrade zur Finanzierung von zusätzlichen freiwilligen Aufgaben vorhanden waren, jedoch die finanzielle Leistungsfähigkeit zur Finanzierung der Pflichtaufgaben jederzeit gegeben war. Demzufolge wäre es ein Verstoß gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit, wenn im Konsolidierungszeitraum keine Anstrengungen zur Erhöhung der Wirtschaftlichkeit im Betrieb der schulischen Einrichtungen unternommen worden wären.

Genau dies suggeriert allerdings der Prüfbericht des Landesrechnungshofes auf der Seite 40: „Nach Auffassung des Landesrechnungshofes hätten die oben angegebenen Beträge i.H.v. insgesamt 18.324.200 Euro als Einnahmen des Verwaltungshaushaltes zur Verbesserung des Ergebnisses und damit als Beitrag zur Konsolidierung des Haushaltes ... eingesetzt werden müssen“. Nach Auffassung der Landeshauptstadt Magdeburg besteht gerade in dieser Prüffeststellung bezüglich des § 90 Abs. 2 GOLSA ein erhebliches Missverständnis des Landesrechnungshofes, welcher den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der kommunalen Haushaltswirtschaft an erster Stelle erwähnt. Wäre die Landeshauptstadt Magdeburg der Auffassung des LRH gefolgt, so hätten sich die Ergebnisse der Haushaltsjahre 2007 ff um

den Betrag der jeweiligen Zuführung verbessert. Jedoch hätte es in dieser Größenordnung nicht den notwendigen Abbau des Investitions- und Sanierungsstaus in den Schulen der Landeshauptstadt gegeben. Aufgrund dessen wären die Instandhaltungsaufwendungen auf ein betriebswirtschaftlich inakzeptables Niveau geklettert, welche die Ergebnisverbesserungen der Vorjahre bald aufgezehrt hätten.

Zu Pkt. 4.1

„Der Landesrechnungshof ist der Auffassung, dass bei der Darstellung des Vorteils der PPP-Forfaitierung gegenüber der Eigenerledigung die Werte der Eigenerledigung als Grundwerte mit 100 Prozent zum Ansatz gebracht werden müssten und der Vorteil der PPP-Forfaitierung die prozentuale Abweichung von diesem Wert darstellt. Dadurch fällt die im Wirtschaftlichkeitsvergleich ausgewiesene Vorteilhaftigkeit der PPP-Variante geringer als ausgewiesen aus, nämlich nur 10,14 Prozent statt 11,28 und 9,77 Prozent statt 10,83. Diese unseres Erachtens falsche Betrachtungsweise tritt durchweg im ganzen Bericht auf und lässt die Ergebnisse günstiger erscheinen. Wir verweisen auf den Leitfaden IV: „PPP-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung“ des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom Mai 2007.“

Die einschlägigen zitierten Leitfäden zur Wirtschaftlichkeitsberechnung haben bis 2007 keine Vorschriften zur Anwendung der Kosten der Eigenerledigung als Grundwert gemacht. Insofern konnte die Landeshauptstadt in der Wirtschaftlichkeitsprognose von 2005 davon ausgehen, dass sowohl Kosten der Eigenerledigung als auch die Kosten der PPP-Variante Grundwert sein können, sofern eine gleichmäßige Anwendung dieser Wahl erfolgt. Aus Vergleichbarkeitsgründen wurde diese Darstellungsweise im Wirtschaftlichkeitsnachweis für Paket 1 und alle nachfolgenden Pakete nicht geändert.

Zu Pkt. 4.2.1

„Der Landesrechnungshof stellt fest, dass die von der Landeshauptstadt gewählte Bewertungsmethode nicht geeignet war, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Vielmehr wurde damit das mittlere Angebot herauskristallisiert, welches sowohl preislich als auch zeitlich über Angeboten lag, die nach Ansicht des Landesrechnungshofs wirtschaftlicher waren“.

Der niedrigste Bieter in Zeit und Preis war zwar fachlich geeignet, jedoch aus der Sicht der Landeshauptstadt Magdeburg konnten die Abweichungen dazu nicht erklärt werden. Eine kürzere Bearbeitungszeit verlangt einen größeren personellen Einsatz auf der Auftraggeberseite. Das führt unweigerlich verwaltungsseitig zu höheren Transaktionskosten. Die angewendete durchgeführte Mittelwertmethode ist insoweit nicht ungeeignet, da mit ihr Angebote mit besonders niedrigem und besonders hohem Preis, die wesentlich vom Durchschnitt der übrigen Angebote abweichen, aussortiert werden können. Auch bei „normalen“ Vergaben nach VOB/A ist es üblich, Angebote, die um mehr als 10 % hinsichtlich des Preises günstiger sind als das nächstfolgende Angebot, zu hinterfragen und gegebenenfalls bei der Auswahl nicht zu berücksichtigen. In diesem Sinne erscheint es schon sehr fraglich, wenn ein Bieter vor dem Hintergrund der genehmigungsrechtlichen Zwänge und der Zustimmung des Stadtrates und seiner Gremien das Gutachten in einem Zeitraum von nur 3 Monaten zu einem Preis von 46.168 EUR erbringen wollte.

Zu Pkt. 4.2.2

„Nach Ansicht des Landesrechnungshofs hat die Landeshauptstadt Magdeburg gegen vergaberechtliche Bestimmungen verstoßen, da die Beratungsleistungen Inhalt einer nach VOF durchzuführenden Gesamtvergabe hätten sein müssen.

Der öffentliche Auftraggeber muss bei seinen beabsichtigten Vergaben dem Wettbewerbsanliegen und der Transparenz Rechnung tragen. Nur auf diesem Weg kann darüber hinaus die Wirtschaftlichkeit hergestellt werden.“

Die Landeshauptstadt Magdeburg ist der Auffassung, dass es grundsätzlich dem Auftraggeber unbenommen bleibt den Auftrag, den er vergeben will, selbst zu definieren. Dieses ist unproblematisch, wenn die Teilung des Auftrags nicht in der Absicht erfolgte, ihn der Anwendung der Bestimmungen der VOF zu entziehen. Eine solche Absicht war hier nicht gegeben.

Bei der Aufteilung des PPP-Modells in 4 Pakete befolgte die Landeshauptstadt Magdeburg die Vorgaben des Landesverwaltungsamtes (Kommunalaufsicht), das eine Genehmigung von PPP-Vorhaben nur in Aussicht stellte, wenn die Aufwendungen für das PPP-Modell unabweislich und im Haushalt der Stadt abbildbar sind. Letzteres war wegen der Haushaltslage nur möglich, wenn die Kostenbelastung zeitlich versetzt erfolgt. Jedes einzelne Paket sollte vor der Auftragserteilung der Sanierung und des zukünftigen Betriebs durch die Kommunalaufsicht geprüft und genehmigt werden. Damit waren objektive Gründe dafür gegeben, den Auftrag nicht wie zunächst beabsichtigt für alle 20 Schulen zu vergeben, sondern eine Teilung in 4 Pakete mit jeweils 5 Schulen vorzunehmen. Dabei handelte es sich nicht um Lose einer Gesamtleistung, sondern um eigenständige Aufträge auch im Sinne der VOF.

Weiterhin ist auch davon auszugehen, dass eine Teilung vorgenommen werden musste, weil so die mittelständischen Interessen wahrgenommen werden konnten.

Dazu ist der Auftraggeber bekanntlich, gemäß dem Mittelstandsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt und nunmehr auch gemäß § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, verpflichtet. Bei einer Gesamtvergabe von 20 Schulen hätte der Auftrag sicherlich nicht an mittelständische Unternehmen bzw. von Zusammenschlüssen mittelständischer Unternehmen erteilt werden können. Diesen Gründen folgte der Stadtrat mit seinen Beschlüssen zur DS0248/06 vom 10.7.2006 (Paket 1) und zu den Drucksachen DS0405/06, DS0406/06, DS0407/06 vom 09.11.2006.

Zur Vorbereitung der Ausschreibungen sowohl für die 20 Schulen als auch für die 4 Pakete sind Beraterleistungen unerlässlich (sie wurden in den Kosten des Wirtschaftlichkeitsvergleichs berücksichtigt).

Gemäß der Forderung der Kommunalaufsicht muss die Finanzierung jedes einzelnen Paketes im Haushalt dargestellt werden, deshalb können die Beraterleistungen auch nur für das jeweilige Paket beauftragt werden, damit sie zeitlich versetzt jeweils den städtischen Haushaltsbedingungen und -möglichkeiten geschuldet bearbeitet werden können. Unter diesen Bedingungen kann man nicht davon ausgehen, dass die Pakete und die dazu gehörige Beratung unselbstständige Teile einer Gesamtleistung darstellen. Durch die separate Ausschreibung der Pakete hat die Landeshauptstadt Magdeburg eindeutig zu erkennen gegeben, dass es um eigenständige Leistungsabschnitte geht.

Auch die Tatsache, dass die verschiedenen PPP-Pakete eigenständig kommunalaufsichtlich und bauordnungsrechtlich genehmigt worden sind, spricht eindeutig für den Charakter der PPP-Pakete als eigenständige Leistung. Sie unterscheiden sich auch inhaltlich voneinander. Die gemeinsame Klammer ist lediglich die Zugehörigkeit der 4 eigenständigen Pakete zu dem PPP-Modell der Landeshauptstadt Magdeburg.

Zu Pkt. 4.5

„Der Landesrechnungshof hat festgestellt, dass bereits vor der Unterzeichnung des Kooperationsvertrages ein Teil der zu fördernden Beratungsleistungen erbracht und auch bezahlt war. Darüber hinaus wurden die Leistungen nicht im VOF-Verfahren vergeben. Die möglichen Auswirkungen auf die gewährten Fördermittel sind vom Zuwendungsgeber zu prüfen.“

Die Landeshauptstadt Magdeburg stellte per 4.8.2004 einen Antrag zur Förderung der Beraterleistungen eines PPP-Modells beim Bundesministerium für Wirtschaft und Verkehr. Dieser Antrag wurde abschlägig beschieden. Per 5.7.2005/2.8.2005 wurde zwischen dem Finanzministerium Sachsen-Anhalt und der Landeshauptstadt Magdeburg ein zivilrechtlicher Vertrag geschlossen, der einen Leistungsaustausch regelt.

In § 1 – Leistungen der Auftragnehmerin des Vertrages heißt es: „Die Auftragnehmerin wird gem. Ratsbeschluss vom 14.7.2005 ein PPP-Modell für städtische Schulgebäude erproben ... und regelmäßig über den Projektstand unterrichten und sämtliche Projektunterlagen zur Verfügung stellen!

Aufgrund der Art des Vertrages finden die Regeln der LHO des Landes Sachsen-Anhalt entsprechend der Haushaltsabteilung des Finanzministeriums Sachsen-Anhalt keine Anwendung.

Der o. g. Ratsbeschluss bestätigt die DS0222/05 – Wirtschaftlichkeitsvergleich zur Sanierung und Bewirtschaftung von 20 Schulen im Rahmen eines PPP-Modells – dieser Umstand war dem Auftraggeber (Ministerium für Finanzen) bekannt. Inhalt war u.a. die Bestätigung des von der Beraterfirma erarbeiteten Wirtschaftlichkeitsvergleichs.

Zu Pkt 4.6

„Der Landesrechnungshof weist darauf hin, dass nach den vorliegenden Leitfäden Investitionen nicht deshalb mittels der PPP-Variante realisiert werden sollen, weil Haushaltsmittel nicht bzw. nicht in ausreichender Höhe zur Verfügung stehen. Die PPP-Variante sollte nach den vorliegenden Leitfäden nur für den Fall gewählt werden, wenn für eine ohnehin geplante Maßnahme die Wirtschaftlichkeit zweifelsfrei nachgewiesen ist. Nach Auffassung des Landesrechnungshofs ist für die Durchführung der Baumaßnahmen für die Schulen zwar die Unabweisbarkeit gegeben, jedoch die finanzielle Absicherung über den Haushalt nicht gewährleistet gewesen.“

Die Auffassung des Landesrechnungshofes kann die Landeshauptstadt Magdeburg nicht nachvollziehen. Gemäß § 92 Abs. 3 GO ist ein Haushaltskonsolidierungskonzept vorgelegt und beschlossen worden, welches die Wiedererlangung der finanziellen Leistungsfähigkeit

der Landeshauptstadt Magdeburg mit dem Erreichen des Jahres 2015 hinreichend und vollständig beschreibt.

Mit der Drucksache DS0258/07 „PPP – Schulen, Vergabe Paket 1“ hat der Stadtrat die umfangreiche Sanierung von Schulen beschlossen (Beschluss-Nr. 1623-Z004(IV)07). Das Landesverwaltungsamt hat mit Entscheidung vom 26.10.2007 diese Beschlüsse unter der Auflage genehmigt, dass die „ungedeckten jährlichen Mehrkosten ... durch zusätzliche konkrete Haushaltskonsolidierungsmaßnahmen abzusichern sind“. Auf Grund dessen wurden seitens der Landeshauptstadt Magdeburg mit der HKK-Maßnahme 122 „Budgetkürzung zur Absicherung des PPP-Projektes Schulen“ eine entsprechende Vorkehrung eingeleitet, die die Ausgaben des Paketes 1 decken, so dass im Umkehrschluss keine zusätzliche Belastung des Haushaltes mit Umsetzung des Paketes 1 einhergeht.

Deckung der Finanzierung:

Im Jahre 2006 wurde eine zweckgebundene Rücklage PPP zur Finanzierung der Zinsen und Tilgungen für das PPP-Vorhaben der Landeshauptstadt Magdeburg gebildet. Im Jahr 2006 erfolgte eine Zuführung an die zweckgebundene Rücklage in Höhe von 6.524 Tsd. Euro, im Jahr 2007 in Höhe von 3.100 Tsd. Euro sowie eine überplanmäßige Zuführung in Höhe von 2.877 Tsd. Euro. Im Jahr 2008 wurde planmäßig in Höhe von 3.000 Tsd. Euro und überplanmäßig in Höhe von 3.352 Tsd. Euro die Zuführung zur zweckgebundenen Rücklage durchgeführt. Im Jahr 2009 erfolgte planmäßig in Höhe von 2.900 Tsd. Euro und überplanmäßig in Höhe von 5.600 Tsd. Euro die Zuführung an die zweckgebundene Rücklage. Darüber hinaus konnte aus der Zuführung der Wobau GmbH (DS 0518/07) eine Erhöhung der zweckgebundenen Rücklage um 5.000 Tsd. Euro erreicht werden.

Zum Zeitpunkt 01.01.2010 stehen hier Mittel in Höhe von 31.234 Tsd. Euro zur Verfügung. Im Rahmen der Einführung des NKHR wird das doppelte Pendant zur kameralen Rücklage PPP mit der Passivierung eines Rechnungsabgrenzungspostens fortgeführt. Hierbei erfolgt die Auflösung des passiven Rechnungsabgrenzungspostens in Höhe der im Haushaltsjahr anfallenden Zinsaufwendungen. Die Zinsaufwendungen für das Paket 1 umfassen im Jahr 2009 einen Umfang von 686 Tsd. Euro, im Jahr 2010 in Höhe von 1.986 Tsd. Euro, im Jahr 2011 in Höhe von 1.951 Tsd. Euro, im Jahr 2012 in Höhe von 1.914 Tsd. Euro, im Jahr 2013 in Höhe von 1.875 Tsd. Euro, im Jahr 2014 in Höhe von 1.835 Tsd. Euro und im Jahr 2015 in Höhe von 1.792 Tsd. Euro an. Im Konsolidierungszeitraum (bis zum Jahr 2015) resultieren Zinsaufwendungen in Höhe von 12.039 Tsd. Euro. Bis zum Jahr 2015 ist die Ergebnisneutralität über die Auflösung des passiven Rechnungsabgrenzungspostens gegeben. Diesbezüglich ist hierbei eine Ergebnisneutralität erreicht, so dass die Zinsaufwendungen des Paketes 1 im Konsolidierungszeitraum bis zum Haushaltsjahr 2015 egalisiert werden. Demzufolge ist die finanzielle Absicherung der Finanzierungskosten über den Haushalt im Konsolidierungszeitraum jederzeit gegeben.

Deckung der laufenden Kosten für Betrieb und Instandhaltung:

Die Betriebskostenabrechnung 2006 für die entsprechenden Schulen ergab einen Betriebskostenanteil in Höhe von 1.405 Tsd. Euro. Dieser Betriebskostenanteil ist mittelfristig zur Betreuung der Schulen eingeplant und wird zur Deckung herangezogen. Der verbleibende Restbetrag in Höhe von 904 Tsd. Euro wird über Konsolidierungsmaßnahmen ab dem Jahr 2009 gedeckt. In seiner Sitzung am 16.04.2007 beschloss der Stadtrat die Drucksache 0126/07 (Beschluss-Nr. 1476-Z003(IV)07) - "Untersetzung der Konsolidierungsvorgaben aus dem Zustimmungsbeschluss zu den kommunalaufsichtlichen Entscheidungen des Landes-

verwaltungsamtes vom 02.02.2007 zur Haushaltssatzung 2007 der Landeshauptstadt Magdeburg". Gegenstand der Drucksache ist die zusätzliche Aufnahme von Konsolidierungsmaßnahmen der Landeshauptstadt Magdeburg, die im Rahmen einer echten Konsolidierungspartnerschaft mit dem Land Sachsen-Anhalt neu initiiert worden sind.

In seiner Sitzung am 05.06.2008 beschloss der Stadtrat mit der Drucksache 0218/08 (Beschluss-Nr. 1973-66(IV)08) mit der HKK-Maßnahme 122 die Zweckbindung dieser Maßnahme zur Gegenfinanzierung der mit dem PPP-Paket 1 verbundenen Mehrkosten in Höhe von 904 Tsd. Euro. Die Maßnahme 122 erbrachte ab dem Jahr 2009 ein nachweisliches Ist-Einsparungspotenzial von 1.270 Tsd. Euro, so dass hier die Gegenfinanzierung der Betriebs- und Instandhaltungsleistungen auskömmlich gesichert sind. Demzufolge ist die finanzielle Absicherung der laufenden Kosten über den Haushalt im Konsolidierungszeitraum jederzeit gegeben.

zu Pkt. 4.8

„Nach Auffassung des Landesrechnungshofes hätte die Verwaltung aufgrund eigener kritischer Erkenntnisse das PPP-Projekt nicht ohne Weiteres fortführen dürfen, da die Wirtschaftlichkeit des PPP-Modells gegenüber der Eigenrealisierung zu diesem Zeitpunkt auch aus Sicht von Mitarbeitern der Verwaltung der Landeshauptstadt nicht nachgewiesen war.“

Der Landesrechnungshof zitiert zur Stützung dieser These aus einem internen Arbeitspapier vom 26. April 2006.

Dieses Arbeitspapier stellt nicht die Sicht der Verwaltung der Landeshauptstadt Magdeburg dar, sondern ist Meinungsäußerung einzelner, nicht autorisierter Mitarbeiter auf untergeordneter Ebene. Diese Mitarbeiter waren lediglich teilweise in die Bearbeitung des Wirtschaftlichkeitsvergleiches eingebunden und konnten kein umfassendes Meinungsbild erlangen. Zudem muss angenommen werden, dass eigene Interessen, wie z. B. die Sicherung des eigenen Arbeitsplatzes mit der Meinungsäußerung verbunden waren.

Die in den Meinungsäußerungen dargestellten Sachverhalte stellen überwiegend weder die aktuelle, noch die in der Vergangenheit praktizierte Beschaffungswirklichkeit dar, noch sind sie technisch belegbar.

Die geäußerten Thesen zur weiteren Schulentwicklung widersprechen klar den bislang innerhalb der autorisierten Verwaltung erarbeiteten Strategien zur weiteren, durch den Stadtrat beschlossenen Schulentwicklungsplanung. Im Thesenpapier aufgeworfene Fragestellungen zu Standortschließungen, Standortverlagerungen, Öffnung der Schuleinzugsbereiche, demografischer Entwicklung, Auseinandersetzungen mit den Folgen der Gründung weiterer Schulen von freien Trägern etc. obliegen in erster Linie dem dafür zuständigen Fachbereich Schule und Sport. Dieser wird nach Erfordernis und Abwägung der Faktenlage die Aktualisierung der Schulentwicklungsplanung vornehmen und diese dann dem Stadtrat mit den erforderlichen Entscheidungsgrundlagen zur Beschlussfassung vorlegen.

Der beigefügte Essay zu im Wesentlichen technischen Fragestellungen stellt Sachverhalte nach rein hypothetischem Wunschdenken dar, die mit der bisherigen Beschaffungspraxis wenig zu tun haben. Ergebnisse der bisherigen Wirtschaftlichkeitsprognose werden fehl in-

terpretiert, weil die Verfasser in den Prozess der Wirtschaftlichkeitsprognose nur teilweise eingebunden waren.

Die Darstellung, die Landeshauptstadt Magdeburg würde schon jetzt mit Rückbaupotenzialen agieren, würde nicht genutzte Flächen nicht beheizen, entspricht nicht der Realität. Bislang wurden in den meisten Fällen vorhandene Räumlichkeiten genutzt. Eine Strangregulierung für Heizungen gab (gibt) es nicht, was dazu führte, dass ganze Schulgebäude in den Winterferien nur zur Aufrechterhaltung des Sekretariatsbetriebes beheizt werden mussten.

Energetische Sanierung, wie man sie unter dieser Begrifflichkeit verstehen darf und muss, ist bei einer sogenannten Nullvariantenbetrachtung überhaupt nicht möglich, da ausfallende Systeme zur Havariebeseitigung ersetzt wurden, um den Winterbetrieb aufrechtzuerhalten. Selbstverständlich muss Fachleuten klar sein, dass die Gebäudewerte in der Nullvariante ohne ganzheitliche Investitionen nur bei Funktionserhalt zwingend geringer sein müssen, weil der Werteverzehr weitaus größer ausfällt.

Zusammenfassend wird hier nochmals klargestellt, dass sämtliche Annahmen und Modelleinstellungen der Wirtschaftlichkeitsrechnung mit der Verwaltung der Landeshauptstadt abgestimmt und durch die Verwaltung autorisiert wurden.

Die Verwaltung der Landeshauptstadt Magdeburg hat dem Stadtrat eine ausreichend fundierte und von der Verwaltung getragene Wirtschaftlichkeitsrechnung zur Entscheidung vorgelegt. Alle relevanten Erkenntnisse der Verwaltung sind eingeflossen und wurden präsentiert.

Zu Pkt. 5

„Der Landesrechnungshof verweist hierzu auf den Beschluss des OLG Koblenz vom 18.12.2003 - 1 Verg 8/03. Danach dürfen Angebote nicht mehr mittelbar wertend zur Prüfung der Wertung der Wirtschaftlichkeit eines formal einwandfreien Angebots herangezogen werden, wenn die Angebote auf Grund eines zwingenden Grundes ausgeschlossen worden sind.“

Einen Beschluss des OLG Koblenz vom 18.12.2003 mit dem Aktenzeichen 1 Verg 8/03 gibt es nicht. Eventuell ist der Beschluss vom 23.12.2003 gemeint, der jedoch schon tatbestandlich nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar ist.

In der Entscheidung vom 23.12.2003 ging es um die Frage, ob ein Vergabeverfahren aufgehoben werden darf, obwohl das einzig wertbare Angebot sich innerhalb der Kostenschätzung des Auftraggebers hielt. Hier ist das Vergabeverfahren jedoch gerade nicht aufgehoben worden und schon gar nicht gestützt auf einen Vergleich mit Angeboten, die aus formellen Gründen auszuschließen waren.

Grundlage der Vergabeentscheidung war der Vergleich mit den Eigenerledigungskosten. Die wirtschaftlichen Inhalte der anderen Angebote waren Teil des zwingend zu erstellenden Vergabevermerkes.

Zu Pkt. 6.1

„Der Landesrechnungshof hält es für notwendig, dass die Landeshauptstadt den Nachweis der bisher bei der Durchführung des PPP-Projektes bei der Landeshauptstadt insgesamt entstandenen Kosten, d.h. über die vorgenannten 587.287,00 EUR hinausgehenden Ausgaben erbringt.

Darüber hinaus ist von der Landeshauptstadt zu klären, ob diese Kosten dem Grunde und der Höhe nach im PPP-Wirtschaftlichkeitsvergleich Berücksichtigung gefunden haben.“

Für die drei bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren einschließlich der geförderten Wirtschaftlichkeitsprognose wurden externe Kosten fällig. Die externen Gutachterkosten der Vergabeverfahren wurden als Transaktionskosten im Wirtschaftlichkeitsvergleich berücksichtigt.

Der Stadtrat beschloss am 10.07.2006 eine Vergabe der Leistungen in vier Paketen. Ziel der Landeshauptstadt war und ist auch durch diese Maßnahmen eine gezielte Förderung des Mittelstandes. Die paketweise Vergabe machte nachfolgend vier Vergabeverfahren erforderlich. Dies führte zu steigenden Kosten für externe Beratungsleistungen.

Dieser Kostensteigerung wurde mit der Berücksichtigung in den Wirtschaftlichkeitsnachweisen der Pakete 1 – 3 Rechnung getragen. Für das Paket 4 wird vergleichbar verfahren.

Zusätzliche interne Kosten der Verwaltung für die Vorbereitung der Vergabeverfahren (Bedarfsfeststellung, Definition des Leistungsumfangs, Angebotsprüfung, Verhandlung, Refinanzierung des Leistungsbezugs im städtischen Haushalt) fallen in der Eigenerledigung sowie in der PPP-Variante an, werden für die Eigenerledigung infolge der Fachlosvergabe deutlich höher eingeschätzt und wurden nicht gesondert ausgewiesen.

Neben den Kosten für den Abschluss der Transaktion sind gem. einschlägiger Leitfäden zusätzliche Aufwendungen der Verwaltung für die gestiegenen Anforderungen an das laufende Vertragscontrolling der komplexen Verträge zu berücksichtigen. Die Wirtschaftlichkeitsprognose sowie die Wirtschaftlichkeitsnachweise der Pakete 1 bis 3 berücksichtigen diese zusätzlichen Aufwendungen.

Die **Wirtschaftlichkeitsprognose** kalkuliert dauerhaft über die Laufzeit des Vertrages in der PPP-Variante eine zusätzliche Stelle, bewertet mit den durchschnittlichen Kosten eines Mitarbeiters des KGM, für die Aufgaben des Vertragscontrollings ein. Gem. Leitfaden PPP im öffentlichen Hochbau BMVBS, August 2003, wurde dieser Betrag in der Wirtschaftlichkeitsprognose der Zahlungsreihe des Leistungsentgelts des Privaten zugerechnet.

In den **Wirtschaftlichkeitsnachweisen** der Pakete 1 bis 3 wurden jeweils 0,5 Stellen, bewertet mit den durchschnittlichen Kosten eines Mitarbeiters des KGM, für das Vertragscontrolling in der PPP-Variante berücksichtigt, um den gestiegenen Anforderungen der paketweisen Vergabe zu entsprechen. Die zusätzlichen Kapazitäten (Paket 1 bis 3 bisher 1,5 Stellen) wurden ab Vertragsunterzeichnung berücksichtigt und sind im Wirtschaftlichkeitsnachweis getrennt als Kosten des Vertragscontrollings ausgewiesen.

Im Wirtschaftlichkeitsnachweis Paket 4 wird der Ansatz Vertragscontrolling auf 0,25 Stellen (insgesamt Vertragscontrolling im KGM und anderen Verwaltungseinheiten dann 1,75 Stellen) reduziert, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass drei Pakete an eine Bietergemeinschaft vergeben wurden, damit nur geringe Schnittstellen bestehen und die Verträge weitgehend identisch sind. Langfristig – während der Betriebsphase - besteht weiteres Optimierungspotenzial im Bereich Vertragscontrolling.

Die ursprünglich im KGM für das kaufmännische Gebäudemanagement der 20 Schulliegenschaften vorgehaltenen eigenen Kapazitäten (8 Stellen) werden dauerhaft abgebaut.

Zu Pkt. 6.2.2

„Der Ansatz eines fünffachen Einsparpotenzials bei der PPP-Variante gegenüber der Eigenrealisierung wird hier ohne Begründung und pauschal getroffen. Bauphysikalische Nachweise, die diese These stützen, wurden nicht vorgelegt. Nach Ansicht des Landesrechnungshofes ist dieser Ansatz ganz unrealistisch. Aus dem vorliegenden Wirtschaftlichkeitsvergleich ist keine Vorteilhaftigkeit der PPP-Variante zu erkennen.“

Der Landesrechnungshof stellt auf die im Jahr 2005 in der Wirtschaftlichkeitsprognose prognostizierten Einsparungen in der Nachfrage nach Energie ab. Hier wurden im Preis-Mengen-Gerüst der Eigenerledigung 5 % Einsparungen hinterlegt und in der PPP-Variante 25 %.

Die in der Wirtschaftlichkeitsprognose 2005 getroffenen Annahmen wurden mit den Mitarbeitern der Verwaltung abgestimmt und gingen auf die bisherigen Betriebserfahrungen in der Eigenerledigung zurück.

Die bisherigen Erfahrungen der Nutzung in Eigenerledigung lassen sich folgendermaßen charakterisieren:

- Die bisherige technische Ausstattung der Schulen lässt eine energetische Optimierung z. B. Regelung, Nachtabsenkung, raumweise, bereichsweise Nutzung etc. nicht zu
- Energetische Sanierungen werden in der Eigenerledigung nur durchgeführt, wenn sie keine Mehrkosten verursachen oder gesetzlich vorgeschrieben sind
- Lebenszyklusmodelle und –betrachtungen wurden bisher nicht praktiziert
- Einflussmöglichkeiten auf die Nutzung bestehen nicht oder kaum, vorhandene Räume werden genutzt und betrieben
- Einflussmöglichkeiten auf das Nutzerverhalten wurden nicht verfolgt oder haben nur geringe Wirkung
- Die Landeshauptstadt führt auf Grund mangelnder eigener Einflussmöglichkeiten in verstärktem Maße Energieeinsparcontractingmodelle für Schulen und andere Verwaltungsgebäude durch.

Die getroffenen Annahmen bilden die bisherige Beschaffungswirklichkeit der Eigenerledigung aus Sicht der Verwaltung exakt ab.

Die Einschätzung zum Einsparvolumen durch das PPP-Modell wird nicht mit bauphysikalischen Maßnahmen gerechtfertigt, sondern mit Wettbewerb, Anreizwirkung und Lebenszyklusoptimierung. diese Effekte bewirken, dass ein privater Betreiber alles daran setzt, Mengenverbräuche vor allem bei steigenden Rohstoffpreisen schon bei Planung und Bau nachhaltig zu verringern.

Der Abschluss des PPP-Vertrages bestätigt die Prognose:

Gem. PPP-Vertrag § 9.4 garantiert die Projektgesellschaft die Einhaltung der gebäudeweise festgelegten maximalen jährlichen Verbrauchs- und Entsorgungsmengen. Aus höheren Verbrauchs- oder Entsorgungsmengen resultierende Mehrkosten berechtigen die Projektgesellschaft nicht zu einer Anpassung des vereinbarten Entgeltes. Liegen die tatsächlichen Verbrauchs- und Entsorgungsmengen um mehr als 10 % unter den vereinbarten Garantiemengen erfolgt eine Beteiligung der Landeshauptstadt an der Kostenersparnis aus dieser Unterschreitung.

Die im Vertrag abgebildeten Anreizmechanismen sichern für die Landeshauptstadt nicht nur die tatsächliche Realisierung der unterstellten Effizienzvorteile der PPP-Variante, sondern ermöglichen darüber hinaus die Partizipation weiterer wirtschaftlicher Vorteile. Der ökologische Beitrag des PPP-Modells zur lokalen Reduzierung der CO₂-Emission kommunaler Liegenschaften der Landeshauptstadt ist vertraglich abgesichert.

Insgesamt stellt der Energiebezug jedoch nur einen Anteil an den Betriebskosten dar. Über alle Bestandteile der Betriebskosten konnten durch den PPP-Vertrag wirtschaftliche Vorteile durch bessere Bewirtschaftungskosten je m² zu bewirtschaftende Fläche in einer Größenordnung von rund 13 % erzielt werden.

Zu Pkt. 8

„Der Landesrechnungshof vertritt die Auffassung, dass durch PPP-Projekte die Finanzprobleme der Landeshauptstadt nicht gelöst werden können. Sofern nicht zweifelsfrei ein Nachweis der Wirtschaftlichkeit und damit der Einsparung von Haushaltsmitteln erfolgt, ist von PPP-Maßnahmen abzuraten. Vielmehr kann es u. a. durch zu zahlende Transaktionskosten und sonstige Nebenkosten zu erheblichen Mehrausgaben kommen. Ebenfalls findet eine Verlagerung finanzieller Schwierigkeiten in die Zukunft statt, d. h. zukünftige Generationen werden stärker belastet.“

Zweifelsfrei kann das PPP-Projekt die Finanzprobleme der Landeshauptstadt leider nicht grundlegend lösen.

Die Landeshauptstadt vertritt jedoch die Ansicht, dass die Genehmigung zum Abschluss des kreditähnlichen Rechtsgeschäftes durch das Landesverwaltungsamt erfolgte, nachdem der Nachweis der Wirtschaftlichkeit unter Berücksichtigung sowohl von Transaktions- als auch von Nebenkosten erbracht worden ist.

Ohne Risiko- und Kalkulationsaufschläge wurden die Kosten der letzten herkömmlichen Beschaffung Bau, Betrieb und Finanzierung mit dem Marktergebnis verglichen.

Dieser Vergleich weist zweifelsfrei nach, dass die tatsächlichen Kosten der Eigenerledigung über denen der PPP-Variante liegen würden. Zudem würden weitere Risikopositionen, die gem. vertraglich fixierter Risikoallokation im PPP-Modell beim privaten Partner liegen, noch bei der Landeshauptstadt verbleiben.

Das Gebot von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit lässt der Landeshauptstadt Magdeburg keine andere Möglichkeit, als die PPP-Variante für die Beschaffung auszuwählen.

Zu Pkt. 10

„Schlussfolgerungen: Der Landesrechnungshof hält es für notwendig, dass

- ...

- bei der Beauftragung von Beratungsleistungen im Vorfeld von Entscheidungen sichergestellt wird, dass die Stadt Herr des Verfahrens bleibt“

Die Landeshauptstadt stellt fest, dass sie jederzeit Herr des Verfahrens war und ist. Jede getroffene Entscheidung wurde durch die Verwaltung vorbereitet und durch die zuständigen Gremien gemäß der vorgesehenen Entscheidungsabläufe getroffen.