

# Eine Umsetzung macht wenig Sinn Der wettbewerbliche Dialog – eine neue Verfahrensart?

Das seit Januar 2002 diskutierte Legislativpaket (PE-CONS 3696/2003-C5-0607/2003-2000/ 0115(COD)) der Europäischen Union zur Vereinheitlichung des europäischen Vergaberechts ist nunmehr am 29.01.2004 durch das Europäische Parlament und am 02.02.2004 durch den Europäischen Rat verabschiedet worden. Es mündet in die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Vergabeverfahren öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.

Die Richtlinie tritt am Tag ihrer Veröffentlichung, welche in Kürze erwartet wird, im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft. Anschließend ist die Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EGV in das nationale Vergaberecht eines jeden Mitgliedsstaats umzusetzen. Dazu sieht Art. 80 der Richtlinie eine Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten von 21 Monaten nach Inkrafttreten, das heißt, nach Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft, vor.

## Die neue Verfahrensart ist nicht zwingend

Eine wesentliche Neuerung des Legislativpaketes ist der wettbewerbliche Dialog als neue vergaberechtliche Verfahrensart. Nach Kapitel V, Art. 28 und 29 der Richtlinie kann der wettbewerbliche Dialog durch die Mitgliedsstaaten eingeführt, er muss aber nicht in das deutsche Vergaberecht umgesetzt werden. Damit ist Kapitel V, Art. 28 und 29 der Richtlinie nur fakultativ. Der deutsche Gesetzgeber kann frei entscheiden, ob er die neue Verfahrensart einführt. Wird der wettbewerbliche Dialog in das deutsche Vergaberecht übernommen, so steht er nach Kapitel V, Art. 28 und 29 der Richtlinie in der Hierarchie nachrangig zum Offenen und Nichtoffenen Verfahren.

Als weitere – jetzt vierte – Verfahrensart soll nach Kapitel V, Art. 29 unter Verweis auf Kapitel V, Art. 30 und 31 zwingend das Verhandlungsverfahren bestehen bleiben, auf das die öffentlichen Auftraggeber zurückgreifen können, wenn die dort genannten Fälle und Umstände vorliegen.

## Keine neuen Möglichkeiten

Schon damit aber stellt sich die entscheidende Frage: Welchen Sinn hat der wettbewerbliche Dialog neben dem Verhandlungsverfahren? Die Antwort ergibt sich aus dem Text der Richtlinie: Das Verhandlungsverfahren ist besser erprobt und flexibler. Die Zugangsvoraussetzungen für den wettbewerblichen Dialog sind nicht leichter zu erreichen als diejenigen für das Verhandlungsverfahren.

Das bedeutet, der wettbewerbliche Dialog eröffnet dem öffentlichen Auftraggeber keine über das Verhandlungsverfahren hinausgehenden Möglichkeiten. Vielmehr ist sogar damit zu rechnen, dass der öffentliche Auftraggeber durch die Einführung des wettbewerblichen Dialogs weiter eingeschränkt wird. Deshalb macht eine Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in das deutsche Vergaberecht wenig Sinn.

## "Komplexe Aufträge"

Denn der wettbewerbliche Dialog wird einen großen Teil der Fälle erfassen, in denen bereits jetzt ein Verhandlungsverfahren zulässig ist. Nach Kapitel V, Art. 29 der Richtlinie soll der wettbewerbliche Dialog besonders komplexen Aufträgen vorbehalten sein, für die ein Offenes oder Nichtoffenes Verfahren nicht möglich ist.

Die Richtlinie beschreibt zwar sehr allgemein, wann ein besonders komplexer Auftrag vorliegen soll, der den wettbewerblichen Dialog ermöglicht, nämlich dann, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen, rechtlichen oder finanziellen Mittel und die für sein Vorhaben optimale Lösung, mit dem seine Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu bestimmen. Erfasst werden damit besonders komplexe Aufträge, die sich durch innovative Alternativlösungen auszeichnen und schon aus diesem Grund vom öffentlichen Auftraggeber im Vorfeld einer Vergabe nicht abschließend beschrieben werden können. Die gleichen komplexen

(BS/UTE Jasper/Daniela Schwarz\*) Nach über zwei Jahren ist das Legislativpaket der Europäischen Union zur Vereinheitlichung des europäischen Vergaberechts endgültig verabschiedet worden. Es sieht neben den bekannten Verfahrensarten, dem Offenen, Nichtoffenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren eine neue Verfahrensart vor: Der wettbewerbliche Dialog. Diese Verfahrensart kann durch die Mitgliedsstaaten freiwillig eingeführt werden; sie ist nicht zwingend in nationales Recht zu übernehmen. Neben dem wettbewerblichen Dialog bleibt die Verhandlungsverfahren bestehen. Deshalb erscheint eine Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in das deutsche Vergaberecht wenig sinnvoll. Der wettbewerbliche Dialog eröffnet den öffentlichen Auftraggebern keine neuen, über das Verhandlungsverfahren hinausgehenden Möglichkeiten, sondern schränkt den Handlungsspielraum der öffentlichen Auftraggeber eher ein.

Vergaben mit alternativen Lösungsmöglichkeiten wie beispielsweise Investormodelle oder komplizierte Privatisierungs- und Umstrukturierungsvorhaben können derzeit aber bereits im Verhandlungsverfahren erfolgreich umgesetzt werden. Die Begründung für die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens liegt hier fast immer – ähnlich den Festlegungen der Richtlinie für den wettbewerblichen Dialog – darin, dass auf-

grund der Komplexität des Vorhabens eine abschließende und erschöpfende Beschreibung der zu vergebenden Leistung und damit eine eindeutige Preisermittlung durch die Bieter im Vorfeld der Vergabe unmöglich ist (vgl. § 3 a Nr. 4 lit. c) VOB/A, § 3 a Nr. 1 Abs. 4 lit. b) und c) VOL/A).



Für die Düsseldorf-Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper ist die Einführung des wettbewerblichen Dialogs in das deutsche Vergaberecht nicht nur ein überflüssiger Schritt, sondern auch mit Risiken behaftet.

Dieser Weg in das Verhandlungsverfahren bleibt bestehen und wird auch durch die neue Richtlinie nicht ausgeschlossen, da Kapitel V, Art. 30 der Richtlinie auch weiterhin die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens in einem solchen Fall zulässt. Insoweit haben sich die vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände auch durch das Legislativpaket nicht geändert.

## Verfahrensablauf

Gleiches gilt auch für den Ablauf des Verfahrens. Kapitel V, Art. 29 der Richtlinie beschreibt das Verfahren, in dem der wettbewerbliche Dialog abzuwickeln ist, sehr konkret. Im Einzelnen werden folgende Schritte genannt, die im Verhandlungsverfahren ebenso möglich sind, dort aber weniger Restriktionen unterliegen:

- Bekanntmachung, in der der öffentliche Auftraggeber seine Bedürfnisse und Anforderungen formuliert;
- Auswahl von Bewerbern mit denen der wettbewerbliche Dialog begonnen werden soll;
- Durchführung des wettbewerblichen Dialogs mit dem Ziel, die Mittel mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen;
- Aufforderung der am wettbewerblichen Dialog beteiligten Bieter bzw. Bewerber zur Abgabe eines endgültigen Angebotes;
- Erteilung des Zuschlages auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Entsprechende Verfahrensschritte sind aus dem Verhandlungsverfahren bekannt. Auch dieses beginnt mit einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft.

## Teilnahmewettbewerb und "Dialogphasen"

Danach folgt beim Verhandlungsverfahren ein Teilnahmewettbewerb, bei dem aus den interessierten Bewerbern diejenigen ausgewählt werden, die an den nachfolgenden Verhandlungen teilnehmen sollen. Der gleiche Teilnahmewettbewerb soll nach Kapitel VII, Art. 44 bis 52 der Richtlinie auch für den wettbewerblichen Dialog durchgeführt werden, wenn die Dialogteilnehmer ausgewählt werden. Er unterscheidet sich nicht. Vielmehr sind die Vorschriften der Kapitel VII, Art. 44 bis 52 als allgemeine Bestimmungen für alle Verfahrensarten – mit Ausnahme des Offenen Verfahrens – formuliert.

Nach Abschluss der Verhandlungen

mit den Bietern im Verhandlungsverfahren, welche den "Dialogphasen" im wettbewerblichen Dialog entsprechen, kann ein sogenannter "last call" durchgeführt werden, um detaillierte, verbindliche Angebote zu erhalten. Dies entspricht offensichtlich der Aufforderung der am wettbewerblichen Dialog beteiligten Bieter bzw. Bewerber zur Abgabe eines endgültigen Angebotes. Der Zuschlag wird sodann – bei beiden Verfahrensarten – nach klar vorgegebenen Zuschlagskriterien auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

## Unterschiede

Wer nun aber vermutet, der wettbewerbliche Dialog sei mit dem bekannten Verhandlungsverfahren völlig identisch und könne daher auch neben dem Verhandlungsverfahren eingeführt werden oder jedenfalls nicht schädlich sein, geht fehl. Denn es gibt einige Unterschiede, welche jedoch wenig begrüßenswert sind, weil sie den öffentlichen Auftraggeber gegenüber dem Verhandlungsverfahren einschränken oder aus Sicht der Bieter nicht sinnvoll sein können, weil dadurch Möglichkeiten zu Manipulationen an den endgültigen Angeboten der teilnehmenden Bieter nicht ausgeschlossen sind.

## Lösungsvorschläge eines Teilnehmers

So darf der öffentliche Auftraggeber nach Kapitel V, Art. 29 Abs. 3 der Richtlinie beispielsweise diskriminierende Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden können oder vertrauliche Informationen nicht ohne Zustimmung weitergeben.

Diese Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz, welche ohne Zweifel sinnvoll und erforderlich sind, gelten zwar auch im Verhandlungsverfahren, jedoch gehen die Regelungen in Kapitel V, Art. 29 der Richtlinie weiter. Denn es soll

dem öffentlichen Auftraggeber auch verweigert sein, Lösungsvorschläge eines teilnehmenden Bewerbers, die rechtlich nicht geschützt werden können – wie beispielsweise Vertragsklauseln oder gesellschaftsrechtliche Modelle –, ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weiterzugeben. Zwar sieht dazu Art. 29 der Richtlinie vor, dass die Zahl der zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien in aufeinanderfolgenden Phasen des Dialogs verringert werden können. Es bleibt jedoch mehr als unwahrscheinlich, dass auf diese Weise vergleichbare Angebote der Bieter erreicht werden.

Unklar ist zudem, wie diese Absicht des öffentlichen Auftraggebers im Unkenntnis der eingehenden Lösungen bereits in der Bekanntmachung oder der Leistungsbeschreibung angegeben werden soll, wie die Richtlinie dies verlangt.

## Auftraggeber und Bieter werden eingeschränkt

Dies bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber anders als im Verhandlungsverfahren sein bevorzugtes und auf seine Bedürfnisse und Ziele optimal zugeschnittenes Zielkonzept im Laufe des Verfahrens nicht vorgeben kann, sondern die verschiedenen und in der Regel nicht vergleichbaren Lösungen der Bieter diskutieren muss. Auch wird so die Einschränkung des Bieterranges, welche in der Regel für eine stringente Verhandlungsführung unerlässlich ist, erheblich erschwert, weil z. B. suboptimale Nebenangebote einzelner Bieter verhandelt werden müssen. Dass damit auch die Wertung der Angebote erheblich erschwert oder im Einzelfall sogar unmöglich gemacht wird, liegt ebenfalls auf der Hand.

## Manipulation durch Nachverhandlung

Nach gravierender und selbst im Interesse der Bieter nicht wünschenswert ist die im wettbewerblichen Dialog vorgesehene Möglichkeit zur Nachverhandlung, welche im Verhandlungsverfahren nach Abgabe der verbindlichen Angebote undenkbar ist. Dies mit gutem Grund, weil durch Nachbesserungen der Manipulation der endgültigen Angebote – ob nun nach einem "last call" im Verhandlungsverfahren oder einer entsprechenden Aufforderung im wettbewerblichen Dialog – Tür und Tor geöffnet werden.

Die Regelung des Kapitel V, Art. 29 der Richtlinie eröffnet aber gleichwohl und ungeachtet dessen im wettbewerblichen Dialog nach Abgabe eines endgültigen Angebotes durch die Bieter am Ende der "Dialogphase" die Möglichkeit, dass der öffentliche Auftraggeber etwaige Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen zu den Angeboten der Bieter zulässt. Dies wird nur durch das ohnehin geltende Verbot, den Wettbewerb zu verfälschen oder eine diskriminierende Wirkung gegenüber einzelnen Bietern zu erzielen, eingeschränkt.

## Wesentliche rechtliche Unsicherheit

Damit wird eine echte und wesentliche rechtliche Unsicherheit für das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs eingeführt, welche im Verhandlungsverfahren nicht undenkbar, sondern richtigerweise auch streng verboten ist. Denn nach Abgabe endgültiger Angebote darf im Verhandlungsverfahren mit den Bietern gerade nicht mehr gesprochen werden, weil anderenfalls Manipulationen an den verbindlichen Angeboten nicht ausgeschlossen werden können (vgl. dazu statt vieler Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Auflage, 2003, A § 24, Rn. 33 ff. und 38 f.).

Dazu existiert sogar vergaberechtliche Rechtsprechung (etwa Vergabekammer beim Regierungspräsidium Halle (Saale), VK Hal 26/02, nicht veröffentlichte Niederschrift), die allein bei der Möglichkeit zur Manipulation die Folge der Aufhebung des vergaberechtlichen Verfahrens heranziehen würde.

## Wertung wird sinnlos

Im Gegensatz dazu eröffnet Kapitel V, Art. 29 der Richtlinie für den wettbewerblichen Dialog selbst nach der Wertung der abschließenden Angebote und, nachdem die Zuschlagskriterien festgelegt wurden, die Möglichkeit, bestimmte Aspekte des An-

gebots auf Wunsch des öffentlichen Auftraggebers durch die Bieter näher erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen bestätigen zu lassen, sofern dies nicht dazu führt, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der Ausschreibung geändert werden.

## Das Verhandlungsverfahren reicht aus

Auch hier ist die Grenze wieder lediglich durch das Verbot einer Diskriminierung einzelner Bieter festgelegt. Damit aber wird im Ergebnis jede Wertung der endgültigen Angebote überflüssig und sinnlos, weil diese nie abschließend wäre und jederzeit durch Nachverhandlungen wieder geöffnet werden könnte. Rechtssichere Zusagen der Bieter können so kaum erreicht werden.

Es erscheint daher wenig wünschenswert, den wettbewerblichen Dialog nach Kapitel V, Art. 28 und 29 der Richtlinien entsprechend Art. 249 Abs. 3 EGV in das deutsche Vergaberecht umzusetzen.

Es genügt, auf das Verhandlungsverfahren zurückzugreifen und die sich darin bietenden Verhandlungsmöglichkeiten flexibel und sinnvoll einzusetzen, um so das für den öffentlichen Auftraggeber optimale Ziel bei der Vergabe von komplexen Aufträgen zu erreichen. Denn dieses ist nicht nur geeignet, sondern auch praktisch ausreichend, um die zukunftsorientierten, innovativen Projekte oder andere komplexe Vorhaben wie beispielsweise den erwähnten praktischen relevanten und beliebigen Investorenwettbewerb oder sonstige komplexe Großprojekte mit mehreren Auftraggebern und Geldgebern sowie Finanzierungsvarianten der deutschen Gemeinden und Kommunen, vergaberechtlich zu erfassen. Nicht zuletzt bietet das Verhandlungsverfahren den Vorteil großer Rechtssicherheit, weil dazu bereits zahlreiche Entscheidungen der Vergabekammern und der Gerichte ergangen sind.

## Die neuen Vorschriften

Der wettbewerbliche Dialog ist in Kapitel V, Art. 28 und 29 der Richtlinie geregelt.

## Art. 28

Anwendung des Offenen und des Nichtoffenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialogs. Für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die einzelstaatlichen Verfahren in eine für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form an. Sie vergeben diese Aufträge im Wege des Offenen oder des Nichtoffenen Verfahrens. Unter den Besonderen in Art. 29 ausdrücklich genannten Umständen können die öffentlichen Auftraggeber ihre öffentlichen Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialogs vergeben. In den Fällen und unter den Umständen, die in den Artikeln 30 und 31 ausdrücklich genannt sind, können sie auf die Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgreifen.

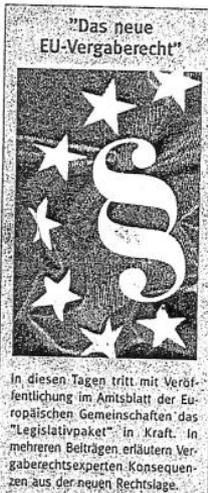
## Art. 29

### Wettbewerblicher Dialog

- (1) Bei besonders komplexen Aufträgen können die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber, falls seines Erachtens die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege eines offenen Verfahrens nicht möglich ist, den wettbewerblichen Dialog gemäß diesem Artikel anwenden kann. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags erfolgt ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots.
- (2) Die öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen eine Bekanntmachung, in der sie ihre Bedürfnisse und Anforderungen formulieren, die sie in dieser Bekanntmachung und/oder in einer Beschreibung näher erläutern.
- (3) Die öffentlichen Auftraggeber eröffnen mit dem nach den einschlägigen Bestimmungen der Artikel 44 bis 52 ausgewählten Bewerbern einen Dialog, dessen Ziel es ist, die Mittel mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen. Bei diesem Dialog können sie mit den ausgewählten Bewerbern alle Aspekte des Auftrags erörtern. Die öffentlichen Auftraggeber tragen dafür Sorge, dass alle Bieter bei dem Dialog gleich behandelt werden. Insbesondere enthalten sie sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Die öffentlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines teilnehmenden Bewerbers nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben.
- (4) Die öffentlichen Auftraggeber können vorsehen, dass das Verfahren in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In der Bekanntmachung oder in der Beschreibung ist anzugeben, ob diese Möglichkeit in Anspruch genommen wird.
- (5) Der öffentliche Auftraggeber setzt den Dialog fort, bis er – erforderlich falls nach einem Vergleich – die Lösung bzw. die Lösungen ermitteln kann, mit denen seine Bedürfnisse erfüllt werden können.
- (6) Nachdem die öffentlichen Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen erklären und die Teilnehmer entsprechend informiert haben, fordern sie diese auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösung ihr endgültiges Angebot einzureichen. Diese Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten. Auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers können Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Diese Präzisierungen, Klarstellungen und Feinabstimmungen oder Ergänzungen dürfen jedoch keine Änderungen der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnten.
- (7) Die öffentlichen Auftraggeber beurteilen die eingereichten Angebote anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien und wählen das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß Artikel 53 aus. Auf Wunsch des öffentlichen Auftraggebers darf der Bieter, dessen Angebot als das wirtschaftlich günstigste ermittelt wurde, ersucht werden, bestimmte Aspekte des Angebots näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen, sofern dies nicht dazu führt, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der Ausschreibung geändert werden und sofern dies nicht die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen oder Diskriminierungen mit sich bringt.
- (8) Die öffentlichen Auftraggeber können Prämien oder Zahlungen an die Teilnehmer am Dialog vorsehen.

Überschrift und Zwischenzeilen durch die Redaktion.

\*Dr. Ute Jasper und Dr. Daniela Schwarz arbeiten als Rechtsanwältinnen in Düsseldorf



"Das neue EU-Vergaberecht"

In diesen Tagen tritt mit Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft das "Legislativpaket" in Kraft. In mehreren Beiträgen erläutern Vergaberechtsexperten Konsequenzen aus der neuen Rechtslage.