

Hilka Eckardt

**Der wettbewerbliche Dialog
und das „competitive negotiation“ Verfahren
im Vergleich**



Herbert Utz Verlag · München

Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität zu Köln)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 78



Zugl.: Diss., Heidelberg, Univ., 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2011

ISBN 978-3-8316-4045-4

Printed in Germany
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
I. Problemstellung	1
II. Zielsetzung	4
III. Gang der Untersuchung	4
ERSTER TEIL: DAS DEUTSCHE VERGABERECHT	9
1. Kapitel: Wirtschaftliche Bedeutung und Rechtsgrundlagen des Vergaberechts.....	9
I. Wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts.....	9
II. Rechtsgrundlagen des Vergaberechts.....	10
1. Europarechtliche Grundlagen.....	10
a) Grundprinzipien	10
aa) Diskriminierungsverbot	10
bb) Transparenzgebot	11
cc) Wettbewerbsprinzip	12
b) Grundfreiheiten	12
aa) Freiheit des Warenverkehrs	13
bb) Freiheit des Personen- und Dienstleistungsverkehrs	13
c) EG-Vergaberichtlinien	14
2. Nationalrechtliche Grundlagen.....	14
a) Haushaltsrechtliche Lösung	15
b) Kartellrechtliche Lösung	16
3. Vergaberechtliche Grundsätze im deutschen Recht.....	17
a) Wettbewerb	17
b) Gleichbehandlungsgrundsatz.....	18
c) Transparenzgebot	18
d) Berücksichtigung mittelständischer Interessen	19
e) Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot	20
f) Vergabefremde Aspekte.....	21

2. Kapitel: Überblick über Entwicklung des Vergaberechts in der jüngeren Vergangenheit	21
I. Gesetzgeberische Zielsetzung.....	22
II. Entwicklung des Vergaberechts auf europäischer Ebene	22
III. Inhalt der jüngsten nationalen Vergaberechtsreformen	26
3. Kapitel: Die klassischen Verfahrensarten im Vergaberecht	28
I. Einleitung.....	28
II. Das offene Verfahren	29
1. Anwendungsbereich	29
2. Durchführung.....	29
a) Bekanntmachung.....	30
aa) Mindestinhalt der Bekanntmachung	30
b) Angebotsfrist.....	31
c) Wertungsphase	32
aa) Formelle und sachliche Prüfung	32
bb) Eignungsprüfung	33
cc) Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	33
d) Zuschlag.....	34
e) Aufhebung.....	35
III. Das nicht offene Verfahren	35
1. Anwendungsbereich	36
2. Voraussetzungen.....	36
a) Missverhältnis zwischen Aufwand und erreichbarem Vorteil ...	36
b) Kein annehmbares Ergebnis einer öffentlichen Ausschreibung	37
c) Unzweckmäßigkeit einer öffentlichen Ausschreibung.....	37
d) Besondere Eignung eines beschränkten Bieterkreises	38
3. Durchführung.....	38
IV. Das Verhandlungsverfahren	39
1. Anwendungsbereich	39
2. Voraussetzungen.....	40
3. Durchführung.....	44
a) Lineare/modifiziert lineare Strategie	49
b) Parallele Strategie	51

V. Zusammenfassung	52
2. TEIL: DER WETTBEWERBLICHE DIALOG	55
4. Kapitel: Rechtsgrundlagen	56
I. Kodifizierung im europäischen Recht	56
II. Umsetzung in deutsches Recht.....	57
5. Kapitel: Die Durchführung des wettbewerblichen Dialogs	58
I. Anwendungsvoraussetzungen	58
1. Persönliche Anwendungsvoraussetzungen	58
a) "Staatlicher Auftraggeber"	58
aa) Begriff des öffentlichen Auftraggebers	58
bb) Fehlende Definition des Begriffs "staatlicher Auftraggeber"	59
cc) Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts	59
2. Sachliche Anwendungsvoraussetzungen.....	61
a) Vorliegen eines besonders komplexen Auftrags	62
aa) Gesetzlich vorgesehener Anwendungsbereich	62
bb) Weitere Anwendungsmöglichkeiten	63
cc) Konkretisierung des Merkmals der besonderen Komplexität	63
aaa) Technische Unklarheiten	63
bbb) Rechtliche und finanzielle Unklarheiten	65
cc) Anforderungen an das Kriterium der objektiven Unmöglichkeit.....	65
α) Objektive Unmöglichkeit im Sinne zivilrechtlicher Unmöglichkeit	66
β) Objektive Unmöglichkeit als gerichtlich überprüfbare Sorgfaltspflicht	67
γ) Diskussion	68
b) Keine Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren möglich	69
II. Ablauf des wettbewerblichen Dialogs.....	69
1. Auswahlphase	70
a) Vergabebekanntmachung.....	70
b) Inhaltliche Mindestanforderungen an die Vergabebekanntmachung.....	70
aa) Angabe von Anforderungen und Bedürfnissen	71
aaa) Synonyme Verwendung der Begriffe.....	72
bbb) Strenge Trennung der Begriffe "Anforderungen" und "Bedürfnisse"	72

ccc) Ergebnis	72
c) Weitere Inhalte der Vergabebekanntmachung.....	72
aa) Meinungsstand	73
aaa) Weitere zwingende Inhalte der Vergabebekanntmachung.....	73
bbb) Weitere fakultative Inhalte der Vergabebekanntmachung.....	74
bb) Inhalte der Bekanntmachung/Beschreibung im Einzelnen ...	74
aaa) Geplante Durchführung der Dialogrunden.....	74
bbb) Geplante Reduzierung der Teilnehmerzahl	74
ccc) Angabe der Zuschlagskriterien.....	75
ddd) Gewichtung oder Reihenfolge der Zuschlagskriterien ...	75
d) Auswahl der Dialogpartner.....	76
2. Dialogphase	77
a) Teilnehmerkreis	78
b) Eröffnung der Dialogphase.....	79
c) Ausgestaltung der Dialoggespräche	79
aa) „First-written-essentials“	80
bb) „Kick-off-meeting“	81
d) Ausscheiden von Lösungen bzw. Teilnehmern.....	82
e) Information der ausgeschiedenen Dialogteilnehmer	83
f) Abschluss des Dialogs.....	83
aa) Ende der Dialogphase mit Lösung.....	83
aaa) Möglichkeit mehrerer Lösungen	84
bb) Ende der Dialogphase ohne Lösung.....	85
3. Angebotsphase.....	85
a) Aufforderung zur Angebotsabgabe.....	86
b) Abgabe der Angebote	89
c) Angebotskonkretisierung	89
d) Prüfung und Wertung der Angebote.....	90
e) Scheitern des wettbewerblichen Dialogs mangels zuschlagsfähiger Angebote	90
f) Zuschlagserteilung.....	91
aa) Erörterung von Detailfragen nach Erteilung des Zuschlags	91
6. Kapitel: Die Rechtsnatur des wettbewerblichen Dialogs.....	91
I. Meinungsstand.....	92
1. Der wettbewerbliche Dialog als Unterfall des Verhandlungsverfahrens.....	92
2. Der wettbewerbliche Dialog als Vorverfahren zur Bestimmung des Auftragsgegenstandes	93

3. Der wettbewerbliche Dialog als eigenständiges Vergabeverfahren	94
II. Ergebnis	95
7. Kapitel: Das Verhältnis des wettbewerblichen Dialogs zu den klassischen Vergabearten, insbesondere zum Verhandlungsverfahren	95
I. Verhältnis des wettbewerblichen Dialogs zum offenen und nicht offenen Verfahren	95
1. Verhältnis zum offenen Verfahren	95
2. Verhältnis zum nicht offenen Verfahren	96
II. Verhältnis zum Verhandlungsverfahren.....	96
1. Meinungsstand.....	97
a) Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens auf Grund der systematischen Stellung.....	98
b) Subsidiarität des wettbewerblichen Dialogs.....	99
c) Wahlmöglichkeit des Auftraggebers zwischen wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren	100
d) Aliud-Verhältnis	100
e) Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts	101
2. Ergebnis	101
8. Kapitel: Die Eignung des wettbewerblichen Dialogs für PPP- Projekte.....	101
I. Einleitung.....	102
1. Begriffsdefinition "public-private partnership".....	102
2. Praktische Relevanz.....	102
II. Austauschvertragliche PPP-Modelle im Überblick	103
1. Betreibermodelle	104
a) Erwerbermodell.....	104
b) Leasingmodell.....	104
c) Vermietungsmodell.....	104
d) Inhabermodell.....	105
e) Contractingmodell.....	105
2. Konzessionsmodell.....	105
3. Betriebsführungsmodelle.....	105
III. Das Verhandlungsverfahren als bisheriges Hauptverfahren für PPP-Projekte	105
IV. Eignung des wettbewerblichen Dialogs für die Durchführung von PPP-Projekten	107
1. PPP als gesetzlich vorgesehener Anwendungsfall	107

a) Gesetzeswortlaut	107
2. Tatsächliches Vorliegen der Voraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs bei PPP-Projekten.....	110
V. Zusammenfassung	112
9. Kapitel: Die hinreichende Berücksichtigung der Bieterinteressen bei der Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs.....	112
I. Der Schutz der Bieterinteressen während des Teilnahmeverfahrens	113
1. Schutzwürdige Bieterinteressen	113
2. Mögliche Gefahren und Probleme	113
a) Marktforschung durch den Auftraggeber	113
b) Fehlende Ausschreibungsreife wegen unzureichender Vorbereitung durch den Auftraggeber.....	114
II. Der Schutz der Bieterinteressen während der Dialogphase	115
1. Schutzwürdige Bieterinteressen	115
2. Mögliche Gefahren und Probleme in Hinblick auf Gleichbehandlung und Vertraulichkeit	116
a) Getrennte Dialoge	116
aa) Geheimhaltung während der Dialoggespräche.....	116
aaa) Umfang der „vertraulichen Informationen“	118
b) Gemeinsamer Dialog	119
aa) Möglichkeit eines gemeinsamen Dialogs	120
bb) Ablauf eines gemeinsamen Dialogs	120
cc) Zustimmung aller beteiligten Dialogteilnehmer.....	123
dd) Gefahr der "Erpressung" durch den Auftraggeber.....	124
c) Problem des sogenannten "cherry-picking" durch den öffentlichen Auftraggeber.....	128
d) Problem des Nachweises von Vertraulichkeitsverstößen.....	129
3. Vorhandene Lösungsmöglichkeiten/Schutzvorkehrungen zur Wahrung der Interessen der Unternehmen hinsichtlich Vertraulichkeit und Gleichbehandlung	130
a) Vertraulichkeitsgrundsatz	130
b) Dokumentationspflichten.....	131
c) §§ 3a Abs.4 Nr.3 VOB/A, 3 Abs.7 lit.b) VOL/A-EG	131
d) Auskunftsanspruch	133
e) Akteneinsichtsrecht.....	133
f) Urheberrechtlicher Schutz.....	135
4. Eigene Lösungsansätze.....	135
5. Weitere Probleme in der Dialogphase.....	140
a) Änderung der Eignungserfordernisse während des Dialogs.....	140

b) Änderung der ursprünglich festgelegten Zuschlagskriterien oder der Gewichtung der Zuschlagskriterien während des Dialogs	141
III. Der Schutz der Bieterinteressen in der Angebotsphase und nach Erteilung des Zuschlags	145
1. Schutzwürdige Bieterinteressen	145
a) Probleme bei der Zuschlagserteilung	145
aa) Uneinheitlichkeit der Zuschlagskriterien bei Bewertung der Angebote im Fall mehrerer Lösungen	146
b) Probleme nach Erteilung des Zuschlags	146
aa) Aufwandsentschädigung	146
aaa) Europarechtliche Regelung	147
bbb) Nationale Regelung	147
α) Einheitlichkeit der Kostenerstattung	149
αα) Erstattung nach einheitlichen Grundsätzen	149
ββ) Erstattung durch einheitliche, im Voraus festgelegte Vergütung	149
β) Angemessenheit der Kostenerstattung	151
bb) Zusammenfassung	151
IV. Fazit	152
3. TEIL: DAS US-AMERIKANISCHE VERGABERECHT	153
10. Kapitel: Entwicklung und Rechtsgrundlagen des amerikanischen Vergaberechts	153
I. Einleitung und Rechtsgrundlagen	153
II. Grundprinzipien des US-Vergaberechts	154
1. Wettbewerb	154
2. Transparenz	155
3. Integrität	155
4. Fairness	156
5. Zusammenfassung	156
III. Übersicht über die Struktur und Verfahrensarten des amerikanischen Vergaberechts	156
1. Verfahrensarten oberhalb der Schwellenwerte	157
a) „Sealed bidding“	157
b) „Two-step sealed bidding“	158
c) „Competitive negotiation“	159
2. Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte	161
3. Zusammenfassung	162

III. Entwicklung des amerikanischen Vergaberechts in der jüngeren Vergangenheit.....	163
1. Das amerikanische Vergaberecht vor den Reformen der 80er Jahre.....	163
2. „Competition in Contracting Act“.....	164
3. “Federal Acquisition Streamlining Act” und “Clinger Cohen Act”.....	166
4. „FAR part 15 rewrite“.....	167
11. Kapitel: Das „competitive negotiation“ Verfahren.....	171
I. Anwendungsvoraussetzungen.....	171
II. Ablauf des Verfahrens.....	173
1. Vorbereitung des Verfahrens und „request for proposals“.....	173
a) Angabe der Wertungskriterien.....	173
b) Angabe hinsichtlich der geplanten Durchführung von Verhandlungen.....	177
2. Auswertung der ersten Lösungsvorschläge und Erstellung der „competitive range“ oder „award without negotiations“.....	178
a) Erste Evaluation der Lösungsvorschläge und Entscheidung hinsichtlich der Durchführung von Verhandlungen.....	178
b) „Competitive range“.....	180
aa) Erstellung der „competitive range“.....	180
bb) Reduzierung der Teilnehmerzahl.....	183
3. Durchführung von Verhandlungen.....	184
a) Einleitung.....	184
b) Kommunikationsmöglichkeiten vor Beginn des Vergabeverfahrens.....	185
c) Kommunikationsmöglichkeiten vor Einreichung der Lösungsvorschläge durch die Unternehmen.....	186
d) Kommunikationsmöglichkeiten nach Einreichung der Lösungsvorschläge, wenn keine Verhandlungen stattfinden.....	187
e) Kommunikationsmöglichkeiten zwischen der Einreichung der Lösungsvorschläge und der Erstellung der „competitive range“.....	187
f) Kommunikationsmöglichkeiten nach Erstellung der „competitive range“.....	187
aa) Durchführung von „discussions“.....	188
aaa) Form der Verhandlungen.....	188
bbb) Inhalt der Verhandlungen.....	190
ccc) Stufenweise Durchführung der Verhandlungen.....	192
ddd) Einhaltung des Fairnessgebots und verbotene Verhaltensweisen während der Verhandlungen.....	193
eee) Überarbeitung der Lösungsvorschläge.....	196

4. „Best and final offers“	197
5. Auswertung und Zuschlagserteilung	197
6. Beendigung des Verfahrens ohne Zuschlagserteilung	199
7. „Debriefing“	199
III. Probleme bei der Anwendung des „competitive negotiation“	
Verfahrens	200
1. Probleme vor dem „FAR part 15 rewrite“	201
2. Die Situation seit dem „FAR part 15 rewrite“	204
a) Verhandlungen in der Praxis.....	204
b) „Oral presentations“	208
aa) Sinn und Zweck	208
bb) Durchführung	208
c) Bewertung	210
12. Kapitel: Mögliche Vorbildfunktion des „competitive negotiation“	
Verfahrens für den wettbewerblichen Dialog	214
I. Grundsätzliche Übertragbarkeit.....	214
II. Bereiche, in denen Lösungen aus dem amerikanischen	
Vergaberecht übertragen werden könnten	218
1. Inhalt und Umfang der Verhandlungen.....	218
2. Gestaltung der Verhandlungen	221
3. Dokumentation der Verhandlungen	222
4. Fortführung des Verfahrens nach der unzulässigen Weitergabe	
vertraulicher Informationen.....	225
4. TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSBEMERKUNG.....	229
BIBLIOGRAPHIE	235

EINLEITUNG

I. Problemstellung

Kaum ein Rechtsgebiet weist eine ähnliche Dynamik auf wie das Vergaberecht. Die enorme wirtschaftliche Bedeutung der Vergabe öffentlicher Aufträge einerseits, sowie die ständige Weiterentwicklung und Reform des Vergabeverfahrens andererseits rücken das Vergaberecht in den Fokus des öffentlichen Interesses. Öffentliche Auftraggeber sind bei der Durchführung von Vergabeverfahren an die Vergabegrundsätze sowie die streng formalisierten Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) sowie der Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF) gebunden. Gerade in jüngerer Vergangenheit wurden die Verfahrensarten, die den Auftraggebern zur Verfügung standen den Anforderungen jedoch häufig nicht mehr gerecht. Sowohl technisch als auch finanziell hochkomplexe Aufträge insbesondere im Bereich öffentlich-privater Partnerschaften (PPP) erforderten eine Anpassung des Vergaberechts¹. Um den Auftraggebern mehr Flexibilität zu ermöglichen, wurde durch Artikel 29 Abs.1 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 (VKR) als Option für die Mitgliedsstaaten der wettbewerbliche Dialog eingeführt.

Gegenstand dieser Untersuchung ist ein Vergleich des deutschen und amerikanischen Vergaberechts in Hinblick auf die Verfahrensarten des wettbewerblichen Dialogs und des „competitive negotiation“ Verfahrens. Durch eine Gegenüberstellung beider Verfahrensarten soll untersucht werden, inwieweit sich aus der langjährigen praktischen Erfahrung mit dem „competitive negotiation“ Verfahren in den USA Lösungsansätze für Probleme und offene Fragen des in Deutschland bisher wenig erprobten wettbewerblichen Dialogs ergeben können. Die aktuellen Entwicklungen im deutschen Vergaberecht können mit der Situation verglichen werden, die in den USA vor mehr als 20 Jahren der Auslöser einer schrittweisen Reform des Vergaberechts war. Es findet eine zeitversetzte Entwicklung in die gleiche Richtung statt. Die Tatsache, dass im amerikanischen Vergaberecht bereits Ende der 90er Jahre Reformen durchgeführt wurden, die eine ähnliche Zielsetzung verfolgten, wie die aktuellen Entwicklungen im europäischen und nationalen Vergaberecht, legen den Schluss nahe, dass das amerikanische Vergaberecht eine Vorbildfunktion für die weitere Reform des deutschen Vergaberechts einnehmen könnte.

¹ Die Begriffe PPP (public private partnerships) und ÖPP (öffentlich private Partnerschaften) haben die gleiche inhaltliche Bedeutung und werden synonym verwendet. In den nachfolgenden Ausführungen wird zur Vereinheitlichung ausschließlich der Begriff PPP verwendet.

Im Mittelpunkt des Vorhabens steht zunächst das durch Artikel 29 Abs.1 VKR der Richtlinie 2004/18/EG vom 31.3.2004 als Option für die Mitgliedsstaaten neu eingeführte Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialogs. Es wurde am 08.09.2005 durch § 101 Absatz 5 GWB, § 6a VgV sowie in den Verdingungsordnungen in §§ 3a Nr.1 lit.c) VOB/A, 3a VOL/A in nationales Recht umgesetzt². Die Schaffung dieser Verfahrensart stellt eine der wesentlichen Neuerungen im Rahmen der Reform des europäischen Vergaberechts dar. Gemäß Artikel 1 Absatz 11 lit.c) VKR ist der wettbewerbliche Dialog ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können, und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt. Ziel dieses Dialogs ist, eine den Bedürfnissen des Auftraggebers entsprechende Lösung zu erarbeiten. Auf Grundlage dieser Lösung werden die ausgewählten Bewerber aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Der grundlegende Unterschied zu den klassischen Verfahrensarten liegt in der Abkehr vom Verhandlungsverbot durch die Möglichkeit formloser Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Anbietern. Das gesetzgeberische Ziel, das mit dieser Neuerung verfolgt wurde, besteht in der weiteren Flexibilisierung des Vergabeverfahrens. Besonders für sehr komplexe Vorhaben, beispielsweise im Bereich von PPP, sahen die klassischen Vergabeverfahren keine ausreichenden Dialogmöglichkeiten zwischen öffentlichem Auftraggeber und Anbieter vor.

Der wettbewerbliche Dialog hat in Deutschland zwar in der Literatur erhebliche Beachtung gefunden und war seit seiner Einführung Gegenstand zahlreicher theoretischer Abhandlungen, praktische Erfahrungen mit dieser neuen Verfahrensart existieren im Gegensatz dazu jedoch nur in geringem Umfang. So wurden in der Zeit von der Einführung des wettbewerblichen Dialogs Ende 2005 bis August 2007 lediglich 53 deutsche wettbewerbliche Dialoge veröffentlicht, davon 23 im Bereich PPP, obwohl deutsche Auftraggeber in diesem Zeitraum allein über 700 EU-Bekanntmachungen veröffentlichten, die im Zusammenhang mit PPP standen³. Der Bund veröffentlichte in dem genannten Zeitraum nicht einen einzigen wettbewerblichen Dialog⁴. Ende Mai 2010 wurde nach fast zweijähriger Bearbeitungszeit erstmals ein wettbewerblicher Dialog für ein großes

² § 101 Abs.5 GWB (Fassung vom 01.09.2005) wurde mittlerweile durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 (BGBl I S.790) geändert in § 101 Abs.4 GWB, § 6a VgV wurde durch Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 7.06.2010 (BGBl I 2010, 724) gestrichen und durch Regelungen in den neu gefassten §§ 3a VOB/A 2009 und 3 VOL/A-EG 2009 ersetzt, § 3a Nr.1 lit.c) VOB/A wurde in § 3a Abs.1 Nr.3 VOB/A 2009 geändert, § 3a VOL/A wurde geändert in § 3 VOL/A-EG 2009).

³ Fritz, VergabeR, 2008, 379.

⁴ Vgl. <http://ted.europa.eu/Exec?DataFlow=hRead.dfl&Template=TED/homepage.htm&hpt=ALL&StatLang=DE>

Infrastrukturprojekt, die Umgestaltung der Innenstadt von Hanau, zum Abschluss gebracht⁵.

Betrachtet man die Zahl der Veröffentlichungen in anderen EU-Mitgliedsstaaten wie beispielsweise Frankreich, wo bis 2006 bereits 237 wettbewerbliche Dialoge veröffentlicht wurden und Großbritannien, wo bis 2006 170 wettbewerbliche Dialoge durchgeführt wurden, so verdeutlicht sich die Zurückhaltung deutscher Auftraggeber bei der Anwendung dieses Verfahrens⁶. EU-weit wurden in der Zeit von November 2005 bis 2007 insgesamt 1246 Vergabeverfahren im wettbewerblichen Dialog ausgeschrieben⁷. In der Zeit von Ende 2005 bis 2007 wurden 23 wettbewerbliche Dialoge im Bereich PPP ausgeschrieben, davon handelte es sich bei neun Projekten um klassische PPP-Projekte im Baubereich. Insgesamt waren 18 der ausgeschriebenen wettbewerblichen Dialoge dem Baubereich zuzuordnen, 16 weitere dem Bereich IT. Für den oben genannten Untersuchungszeitraum lässt sich feststellen, dass etwas über die Hälfte der Anwender des wettbewerblichen Dialogs klassische Auftraggeber, also Gebietskörperschaften waren. Gemessen an der Gesamtzahl der ausgeschriebenen Aufträge erfreut sich der wettbewerbliche Dialog bei Krankenhäusern, Forschungseinrichtungen und Universitäten weitaus größerer Beliebtheit als bei Ländern und Kommunen. So wurde der wettbewerbliche Dialog im oben genannten Zeitraum von 17 Krankenhäusern, 5 Forschungseinrichtungen und 4 Universitäten angewendet.

Der Ablauf des wettbewerblichen Dialogs ähnelt dem des „competitive negotiation“ Verfahrens stark. Ein Vergleich bietet sich insbesondere auch an, da sich in den USA das „competitive negotiation“ Verfahren, welches ursprünglich ebenfalls als Ausnahme konzipiert war, zum Standardverfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge entwickelt hat, und mittlerweile seit über zehn Jahren praxiserprobt ist. Während es bis Mitte des 20. Jahrhunderts keine konkreten Vorgaben für den Ablauf dieses Verfahrens gab, wurde es im Laufe der Zeit immer stärker normiert, und schließlich durch die Neufassung des 15. Teils der Federal Acquisition Regulation (FAR) 1997 einer letzten umfassenden Novellierung unterzogen. Insbesondere bezüglich der Kommunikation zwischen dem Auftraggeber und den Bietern wurden bereits von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze nun auch gesetzlich normiert, um einerseits die Rechtssicherheit, andererseits aber auch die Effizienz des Verfahrens zu erhöhen. Durch die gesetzliche Festlegung von Mindestkriterien wurde die Beachtung der klassischen Vergaberechtsgrundsätze, wie des Wettbewerbs- und

⁵ FAZ vom 18.06.2010, S.41.

⁶ Fritz, VergabeR, 2008, 379. ; Treumer, Public Procurement Law Review, 2006, 307 (309, 310).

⁷ Reimnitz, Der neue wettbewerbliche Dialog, 2008, 2.

Transparenzprinzips sichergestellt. Die Aufwertung des „competitive negotiation“ Verfahrens zu einem Vergabeverfahren, das dem öffentlichen Auftraggeber nun neben dem formalisierten Verfahren des „sealed bidding“ gleichrangig zur Verfügung steht, räumt den öffentlichen Auftraggebern einen großen Ermessensspielraum ein und führt zu einer deutlichen Flexibilisierung der Auftragsvergabe. Ob sich das „competitive negotiation“ Verfahren in der Praxis bewährt und sich Lösungsansätze und Gestaltungsmöglichkeiten auf den wettbewerblichen Dialog übertragen lassen, wird im Rahmen dieser Arbeit vertieft untersucht.

II. Zielsetzung

Im Mittelpunkt der Ausarbeitung steht die Frage, ob der wettbewerbliche Dialog den Anforderungen an ein faires Vergabeverfahren genügt und die Interessen der Anbieter hinreichend berücksichtigt werden. In diesem Rahmen sollen Lösungsansätze für eventuell erforderliche Schutzmöglichkeiten zu Gunsten der Anbieter entwickelt werden. Insbesondere aus der vergleichenden Heranziehung des amerikanischen „competitive negotiation“ Verfahrens sollen sich Anregungen für die Weiterentwicklung des wettbewerblichen Dialogs ergeben. Im Gegensatz zum „competitive negotiation“ Verfahren in den USA fehlt in Deutschland bisher praktische Erfahrung mit dem wettbewerblichen Dialog in größerem Umfang. Auch Rechtsprechung zu den zahlreichen ungeklärten Fragen im Zusammenhang mit dem wettbewerblichen Dialog existiert in Deutschland bislang kaum. Im Rahmen der Reform des US-amerikanischen Vergaberechts wurde das Verfahren der „competitive negotiation“ 1996 das letzte Mal umfassend überarbeitet. Dementsprechend gibt es aus der langjährigen Anwendungspraxis neben den gesetzlichen Regelungen eine Vielzahl konkretisierender Rechtsprechung sowie Literatur. Durch die alleinige Auswertung der wenigen vorhandenen deutschen Anwendungsfälle wäre es nicht in hinreichendem Maße möglich, Rückschlüsse auf die Praktikabilität der getroffenen gesetzlichen Regelungen zu ziehen und Verbesserungsvorschläge vorzunehmen.

III. Gang der Untersuchung

Im ersten Teil der Arbeit sollen einleitend wirtschaftliche Bedeutung und Entwicklung des deutschen und europäischen Vergaberechts aufgezeigt werden. Anschließend erfolgt eine Darstellung der jüngsten Reformen unter besonderer Berücksichtigung der Hintergründe und gesetzgeberischen Zielsetzungen. Dazu werden zunächst jeweils Voraussetzungen und Anwendungsbereiche der klassischen Vergabeverfahrensarten untersucht, bevor sich das Augenmerk auf den neu eingeführten wettbewerblichen Dialog richtet.

Im Hauptteil der Arbeit wird vertieft auf die einzelnen Fragen und Probleme eingegangen, die sich im Rahmen der Durchführung des wettbewerblichen Dialogs sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber, jedoch insbesondere auf Seiten der Bieter ergeben können. Zunächst erfolgt eine Darstellung des dreiphasigen Aufbaus des wettbewerblichen Dialogs. Er setzt sich zusammen aus der Auswahlphase (Teilnahmewettbewerb), der Dialogphase sowie der Angebotsphase. Der wettbewerbliche Dialog ist ein spezielles Verfahren für besonders komplexe Vorhaben und gegenüber dem offenen und den nicht offenen Verfahren subsidiär. Er kommt nur zur Anwendung, wenn weder ein öffentliches, noch ein nicht öffentliches Verfahren durchgeführt werden können, weil der öffentliche Auftraggeber zwar seinen Bedarf kennt, jedoch nicht in der Lage ist, die beste Lösungsmöglichkeit zur Deckung dieses Bedarfs zu identifizieren und eine Leistungsbeschreibung anzufertigen. Während die Bewertung der mutmaßlichen Erfolgsaussichten eines Regelverfahrens in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt ist, muss ihm die Beschreibung der einzusetzenden Mittel und Bedingungen „objektiv“ unmöglich sein.

Die Vorteile des wettbewerblichen Dialogs für die öffentlichen Auftraggeber sind offensichtlich. Die Anbieter werden frühzeitig eingebunden und mit der Konzeption des Projekts betraut, wobei der Auftraggeber jedoch umfassende Möglichkeiten hat, im Rahmen der Verhandlungen sowohl auf inhaltliche, als auch auf finanzielle Aspekte Einfluss zu nehmen. Aufgrund einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und unklarer Regelungen stehen die Unternehmen dem neuen Verfahren in der Praxis sehr kritisch gegenüber. Auch die jüngste Reform des Vergaberechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 enthält nicht die erforderlichen Präzisierungen. Es wurden lediglich Änderungen an § 101 GWB vorgenommen⁸. Am 7.6.2010 trat zudem die Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) in kraft (BGBl I 2010, 724). Die bisher zentrale Vorschrift für den wettbewerblichen Dialog, § 6a VgV, ist im Rahmen der Neufassung der VgV weggefallen. Die Regelungen zum wettbewerblichen Dialog haben jedoch unverändert Eingang in die novellierten Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A-EG gefunden⁹. Bezüglich der Anwendungsvoraussetzungen und im Sinne der Übersichtlichkeit und Anwenderfreundlichkeit ist diese Neuordnung der Regelungen zum wettbewerblichen Dialog ein Schritt in die richtige Richtung, kann aber wohl angesichts der vielfältigen Probleme bei der Durchführung als nicht ausreichend bewertet werden.

⁸ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009, BGBl.1 S.790.

⁹ Die neuen §§3a VOB/A 2009, 3 VOL/A-EG sind inhaltlich mit dem bisherigen § 6a VgV identisch. Mangels aktueller Kommentare zum kürzlich geänderten Gesetzeswortlaut wird nachfolgend zusätzlich die Kommentarliteratur zum bisher geltenden §6a VgV verwendet.

Nach der Darstellung der Anwendungsvoraussetzungen und des Ablaufs des wettbewerblichen Dialogs wird das Verhältnis der neuen Verfahrensart zu den klassischen Verfahrensarten, insbesondere im Hinblick auf PPP-Projekte untersucht, bevor sich die Arbeit den konkreten Problemen in den einzelnen Phasen des Verfahrens widmet.

Zur inhaltlichen Vollständigkeit und besseren Verständlichkeit werden einzelne Probleme, die sich bei der Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs ergeben können, bereits bei der Darstellung des Ablaufs des wettbewerblichen Dialogs kurz angesprochen. Um den Umfang und die Vielzahl der Schwierigkeiten, die sich in den verschiedenen Abschnitten des wettbewerblichen Dialogs ergeben können zu verdeutlichen, erfolgt die ausführliche Darstellung der Anwendungsprobleme jedoch später gebündelt in einem gesonderten Kapitel (Kapitel 9).

Im Rahmen der Auswahlphase stellt sich zunächst das Problem der Anforderungen an die „besondere Komplexität“ des öffentlichen Auftrags und die sich daraus ergebende Rechtsunsicherheit in der Praxis. In der Dialogphase des wettbewerblichen Dialogs ergeben sich verschiedene, komplexe rechtliche Fragen. Der wettbewerbliche Dialog erfordert auf Grund der Komplexität der Auftragsgegenstände besonders umfangreiche und häufig auch innovative Lösungsvorschläge, die von den Wettbewerbern ein hohes Maß an Kreativität sowie kosten- und personalintensive Forschungs- und Entwicklungsarbeit verlangen. Der Auftraggeber kann während der Dialogphase mit den ausgewählten Bewerbern diverse Aspekte des Vorhabens erörtern. Der Dialog wird jeweils getrennt mit den einzelnen Bewerbern geführt. Besonders problematisch ist hierbei die Frage der Wahrung der Vertraulichkeit im Dialog. Untersucht werden hier etwaige Schutzmöglichkeiten bei Vertraulichkeitsbrüchen durch den Auftraggeber oder Aneignung fremden geistigen Eigentums durch andere Wettbewerber. Des Weiteren widmet sich die Arbeit der Frage nach der Wiederverwendung der gewonnenen Erkenntnisse durch die Wettbewerber und den Auftraggeber. Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass auch in der Angebotsphase noch die Möglichkeit besteht, das Verfahren aufzuheben. Es besteht keine Pflicht zum Zuschlag und somit die Gefahr, dass der öffentliche Auftraggeber die ausgearbeiteten Konzepte der Wettbewerber lediglich zu Marktforschungszwecken verwendet. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage einer eventuellen Aufwandsentschädigung zu untersuchen.

An die Darstellung des wettbewerblichen Dialogs und die Erörterung der bestehenden Probleme bei der Anwendung dieser Verfahrensart schließt sich im dritten Teil der Arbeit die vergleichende Darstellung des „competitive negotiation“ Verfahrens an. Zunächst erfolgt eine generelle Übersicht über das amerikanische Vergaberecht unter Berücksichtigung der jüngsten Reformen, insbesondere des „FAR part 15 rewrite“ von 1997. Anschließend werden der

Ablauf des „competitive negotiation“ Verfahrens sowie die Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung des Verfahrens vor und nach der „FAR part 15 rewrite“ ergeben dargestellt. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf der Frage, wie Verhandlungen im Vergabeverfahren ergebnisorientiert, effizient und unter Wahrung der Vergabegrundsätze sowie der berechtigten Interessen aller Beteiligten durchgeführt werden können. Untersucht wird dabei insbesondere, ob die Normierung von strikten Vorschriften oder die konkrete Ausgestaltung der Verhandlungen in der Praxis besser geeignet ist, die gewünschten Ergebnisse zu erzielen. Abschließend werden die in den USA entwickelten Lösungsansätze für Inhalt, Umfang, Dokumentation und sonstige Gestaltung der Verhandlungen im „competitive negotiation“ Verfahren auf ihre mögliche Übertragbarkeit für den wettbewerblichen Dialog überprüft, sowie neue Lösungen entwickelt.