

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. I 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.