



ERLÄUTERUNGEN - WETTBEWERBLICHER DIALOG – KLASSISCHE RICHTLINIE¹

1. Einführung

Angesichts der Feststellung, dass die „alten“ Richtlinien, 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG, bei einigen besonders komplexen Vorhaben nicht genügend Flexibilität bieten, da nur in den in diesen Richtlinien abschließend aufgelisteten Fällen auf das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgegriffen werden darf, wurde in der neuen Richtlinie 2004/18/EG² (nachstehend „die Richtlinie“ bzw. „die klassische Richtlinie“) der wettbewerbliche Dialog eingeführt.

In Erwägungsgrund 31 heisst es, dass sich der Gesetzgeber das Ziel gesetzt habe, ein flexibles Verfahren vorzusehen, „das sowohl den Wettbewerb zwischen Wirtschaftsteilnehmern gewährleistet als auch dem Erfordernis gerecht wird, dass der öffentliche Auftraggeber alle Aspekte des Auftrags mit jedem Bewerber erörtern kann.“ Es ist jedoch zu beachten, dass der wettbewerbliche Dialog nur unter den in Art. 29 vorgesehenen Bedingungen zur Anwendung kommen darf³.

2. Anwendungsbereich – Unter welchen Bedingungen darf auf den wettbewerblichen Dialog zurückgegriffen werden?

2.1. Komplexität und objektive Unmöglichkeit

Die erste Voraussetzung besteht darin, dass der betreffende Auftrag „**besonders komplex**“ ist. Gemäß Artikel 1 Absatz 11 Buchstabe c Unterabsatz 2 gelten Aufträge als besonders komplex, „wenn der öffentliche Auftraggeber

- objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel [...] anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und seine Ziele erfüllt werden können und/oder
- objektiv nicht in der Lage ist, die rechtlichen und/oder finanziellen Konditionen eines Vorhabens anzugeben.“

¹ Dieses Dokument entspricht dem Dokument CC/2005/04_rev1 vom 5.10.2005

² Der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren mit Aufruf zum Wettbewerb wird weder in der neuen Sektorenrichtlinie, der Richtlinie 2004/17/EG, noch in der alten Sektorenrichtlinie 93/38/EG beschränkt. Daher sieht die neue Sektorenrichtlinie keinen wettbewerblichen Dialog vor. Gleichwohl kann ein Auftraggeber, der sich für ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb entschieden hat, in den Verdingungsunterlagen festlegen, dass das Verfahren nach dem Muster abläuft, das die klassische Richtlinie für den wettbewerblichen Dialog vorsieht.

³ Siehe Artikel 28 Absatz 2 Satz 2.

Die Begründung für diese Bestimmungen liefert der erste Teil des Erwägungsgrunds 31: „Für öffentliche Auftraggeber, die besonders komplexe Vorhaben durchführen, kann es – ohne dass ihnen dies anzulasten wäre – objektiv unmöglich sein, die Mittel zu bestimmen, die ihren Bedürfnissen gerecht werden können, oder zu beurteilen, was der Markt an technischen bzw. finanziellen/rechtlichen Lösungen bieten kann. Eine derartige Situation kann sich insbesondere bei der Durchführung bedeutender integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte, großer Computernetzwerke oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung ergeben, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus vorgeschrieben werden kann.“

Da es sich beim wettbewerblichen Dialog um ein besonderes Verfahren handelt, dessen Anwendung eingeschränkt ist, muss jeder in Frage kommende Auftrag auf seine Art und auch auf die Möglichkeiten des **betreffenden öffentlichen Auftraggebers** hin geprüft werden, um festzustellen, ob der Rückgriff auf den wettbewerblichen Dialog gerechtfertigt ist. Der Begriff der objektiven Unmöglichkeit ist kein abstrakter Begriff, sondern wird im Erwägungsgrund dahingehend erläutert, dass eine Situation gemeint ist, die dem öffentlichen Auftraggeber *nicht anzulasten ist*. Mit anderen Worten: Der Auftraggeber hat eine Sorgfaltspflicht. Wäre er mit zumutbarem Aufwand in der Lage, die erforderlichen technischen Mittel bzw. die rechtlich/finanzielle Konstruktion festzulegen, darf er nicht auf den wettbewerblichen Dialog zurückgreifen.

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden Änderungen vorgeschlagen, die darauf abzielten, den wettbewerblichen Dialog auf die Fälle zu beschränken, in denen es dem öffentlichen Auftraggeber nicht einmal bei Durchführung eines Wettbewerbs oder der Vergabe eines Dienstleistungsauftrags (Durchführung einer Studie) im Vorfeld zum eigentlichen Auftrag (über die Durchführung des besonders komplexen Vorhabens) möglich gewesen wäre, diesen in einem offenen oder nichtoffenen Verfahren zu vergeben. Diese Bedingung wurde vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt. Eine solche Auflage könnte in bestimmten Fällen Probleme verursachen, entweder wegen der Zeit, die für die Durchführung von zwei Vergabeverfahren und des ersten Auftrags nötig wäre, oder weil die Gefahr bestünde, dass das erste Verfahren ergebnislos verläuft bzw. für den eigentlichen Auftrag keine hinreichende Wettbewerbssituation geschaffen werden kann, falls der Erbringer der Dienstleistung, die Gegenstand des ersten Auftrags war, gemäß dem Gleichbehandlungsgrundsatz und/oder der Regelung über den technischen Dialog von der Teilnahme am zweiten Auftrag ausgeschlossen werden muss (Erwägungsgrund 8).

2.2. Technische Komplexität

Nach dem Wortlaut des Erwägungsgrunds 31 liegt technische Komplexität dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Mittel zu bestimmen, die seinen Bedürfnissen und/oder Zielen gerecht werden „können“. Hier sind zwei Situationen vorstellbar: Der öffentliche Auftraggeber ist nicht in der Lage, die technischen Mittel zu spezifizieren, die zur Erreichung des vorgeschriebenen Ziels zu verwenden sind; dieser Fall dürfte angesichts der Möglichkeiten, technische Spezifikationen – ganz oder teilweise – gemessen an den Leistungs- oder Funktionsanforderungen festzulegen⁴, relativ selten eintreten; oder - und das dürfte häufiger der Fall sein - der Auftraggeber ist nicht in der Lage zu bestimmen, welche der

⁴ D h. sich einer der in Artikel 23 Absatz 3 Buchstaben b, c und d genannten Methoden bedienen.

zahlreichen in Frage kommenden Lösungen seinen Bedürfnissen am besten gerecht wird. In beiden Fällen ist der betreffende Auftrag als besonders komplex anzusehen.

Stellen wir uns einen öffentlichen Auftraggeber vor, der die beiden Ufer eines Flusses verbinden will: Es ist durchaus möglich, dass er nicht in der Lage ist zu bestimmen, ob die beste Lösung in einer Brücke oder einem Tunnel besteht, selbst wenn er die technischen Spezifikationen für die Brücke (Hängebrücke, aus Metall, aus vorgespanntem Beton usw.) oder den Tunnel (eine oder mehrere Röhren, unter oder auf dem Flussbett usw.) festlegen könnte. Auch in diesem Fall wäre der wettbewerbliche Dialog gerechtfertigt.

Wie in Erwägungsgrund 31 gesagt, könnten die Durchführung bedeutender integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder die Schaffung großer Computernetzwerke, sofern sie nicht als Konzessionen ausgelegt sind, als technisch komplexe Vorhaben gelten, obwohl diese Vorhaben auch juristisch/finanziell komplex sein können.

2.3. Rechtliche oder finanzielle Komplexität

Nach Erwägungsgrund 31 kann sich eine rechtlich oder finanziell komplexe Situation vor allem bei „Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung ergeben, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus festgeschrieben werden kann.“ Diese Situation ergibt sich sehr, sehr häufig bei öffentlich-privaten Partnerschaften⁵.

Rechtlich oder finanziell komplex wäre beispielsweise eine Situation, in der der öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen kann, ob die Wirtschaftsteilnehmer bereit sind, ein wirtschaftliches Risiko zu tragen, d. h. wenn nicht festgelegt werden kann, ob der Auftrag in eine Konzession oder in einen „traditionellen“ öffentlichen Auftrag mündet⁶. Ist der öffentliche Auftraggeber davon ausgegangen, dass der Auftrag höchstwahrscheinlich in eine Konzession mündet und hat daher ein anderes Verfahren als das für die Vergabe öffentlicher Aufträge angewendet⁷, sieht er sich vor eine schwierige Wahl gestellt, wenn sich am Ende des Verfahrens herausstellt, dass der Auftrag doch auf einen „normalen“ öffentlichen Auftrag und nicht auf eine Konzession hinausläuft. Entweder vergibt er den Auftrag und verstößt damit gegen Gemeinschaftsrecht und nimmt mögliche Beschwerde- und Vertragsverletzungsverfahren in Kauf, oder er erklärt das Verfahren für ungültig und beginnt von neuem, diesmal unter Anwendung eines der für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehenen Verfahren. In solchen Fällen kann der wettbewerbliche Dialog die geschilderten Probleme vermeiden

⁵ Wobei es keine Automatismen gibt: die Bezeichnung „ÖPP“ bedeutet nicht zwangsläufig, dass es sich dabei um ein rechtlich oder finanziell komplexes Vorhaben handelt; vielmehr muss in jedem Fall geprüft werden, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, auch wenn dies meist der Fall sein wird.

⁶ Kann der Auftraggeber vorhersehen, dass der Auftrag im Endeffekt die Form einer Dienstleistungskonzession annimmt, und dies dann auch eintritt, ist er natürlich nicht an die Bestimmungen der Richtlinie (einschließlich derjenigen über den wettbewerblichen Dialog) gebunden und kann ein Verfahren wählen, das den Anforderungen des EG-Vertrags genügt (s. Fußnote 6).

⁷ Je nach Fall entweder das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Baukonzession oder ein Verfahren, das den Anforderungen des EG-Vertrags gerecht wird, in der Auslegung des EuGH in der Rechtssache Telaustris.

helfen: die verfahrenstechnischen Auflagen wären nämlich immer erfüllt, unabhängig davon, ob der Auftrag in einen öffentlichen Auftrag oder in eine Konzession mündet.

Ein anderes Beispiel für rechtliche oder finanzielle Komplexität, die den wettbewerblichen Dialog rechtfertigt (hier auch unter Einbeziehung einer privaten Finanzierung, also eine öffentlich-private Partnerschaft) finden wir in der Verwaltungspraxis der Kommission: Beim Umbau einer Schule wollte der Auftraggeber die Kosten auf ein Minimum begrenzen und überließ es den Wirtschaftsteilnehmern, unterschiedliche Formen der Bezahlung vorzuschlagen, beispielsweise Nutzung von Grundstücken des Auftraggebers für unterschiedliche Zwecke (Bau von Wohnungen, Sportanlagen usw.) wahlweise ergänzt durch Geldzahlungen⁸. In diesem Fall ging es nicht um eine Konzession, sondern um die Vergabe von Bauleistungen. Als weitere Beispiele für Projekte, die sehr häufig die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs rechtfertigen können, wären Vorhaben zu nennen, bei denen der öffentliche Auftraggeber eine Einrichtung, z. B. eine Schule, ein Krankenhaus oder ein Gefängnis, von einem Wirtschaftsteilnehmer finanzieren, bauen und häufig über einen längeren Zeitraum verwalten lassen möchte, d. h. letzterer kümmert sich um die Lagerhaltung, die Instandhaltung und -setzung, den Sicherheitsdienst, die Kantine usw. Die rechtlich-finanzielle Konstruktion solcher Vorhaben ist in den meisten Fällen besonders komplex, darüber hinaus lässt sich am Anfang nicht festlegen, ob der Auftrag auf einen „traditionellen“ Auftrag oder eine Konzession hinausläuft.

3. Verfahrensablauf

3.1. Bekanntmachung, Beschreibung und Auswahl der Wirtschaftsteilnehmer

Der öffentliche Auftraggeber formuliert seine „Bedürfnisse und Anforderungen“ in der Bekanntmachung und/oder in einer Beschreibung⁹. Die grundlegenden Elemente der Bekanntmachung und der Beschreibung dürfen während des Vergabeverfahrens nicht geändert werden¹⁰.

⁸ Im geschilderten Fall wendete der öffentliche Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung an und nahm die Ausnahmeregelung der Richtlinie 93/37/EWG in Anspruch, die der Regelung in Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b der klassischen Richtlinie entspricht; („in Ausnahmefällen, wenn es sich um Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen“). Diese Ausnahmeregelung gilt jedoch ausschließlich für Sonderfälle, in denen die Art oder der Umfang der Arbeiten von vornherein unwägbar ist. Sie ist jedoch nicht für Fälle gedacht, in denen andere Unwägbarkeiten auftreten, etwa Probleme mit der vorherigen Preisfestlegung aufgrund der Tatsache, dass die rechtliche und finanztechnische Konstruktion sehr komplex ist. Das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung ist daher in ähnlichen Fällen keine Alternative zum wettbewerblichen Dialog.

⁹ Die „Beschreibung“ entspricht den herkömmlichen „Verdingungsunterlagen“ (österr.: Ausschreibungsunterlagen). Der Begriff „Beschreibung“ soll deutlich machen, dass es sich um ein Schriftstück handelt, das weniger detailliert und/oder weniger präskriptiv sein kann als die üblichen Verdingungsunterlagen. Gleichwohl kann die Beschreibung beispielsweise rechtliche/verwaltungstechnische/vertragliche Bestimmungen enthalten, die u. a. die Grundlage für den Ablauf des Verfahrens und die Ausarbeitung der Angebote bilden.

¹⁰ Siehe Artikel 29 Absatz 6 Unterabsatz 2 letzter Satz und Artikel 29 Absatz 7 Unterabsatz 2 letzter Satz.

Die Auswahl der Bewerber erfolgt „nach den einschlägigen Bestimmungen der Artikel 44 bis 52“¹¹, wobei in der Bekanntmachung die Mindestkriterien für die Leistungsfähigkeit angegeben werden müssen. Ist der Rückgriff auf den wettbewerblichen Dialog durch die technische Komplexität gerechtfertigt, kann der öffentliche Auftraggeber seine Anforderungen hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit der Bewerber ausgehend von der Beschreibung seiner Bedürfnisse und Anforderungen festlegen. Umfasst der Auftrag beispielsweise die Errichtung einer integrierten Verkehrsinfrastruktur für ein Gebiet der Größe x mit einer Transportkapazität von y Personen/Stunde, wobei die Kombination der verschiedenen Verkehrsmittel nicht im Einzelnen vorgeschrieben ist, müssen die Bewerber nachweisen, dass sie fähig sind, solche Transportsysteme einzurichten, und zwar unabhängig von der Kombination der Verkehrsmittel, die sie zu diesem Zweck einsetzen werden.

Wenn der öffentliche Auftraggeber die Zahl der Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog (mindestens drei) beschränken will, gibt er in der Bekanntmachung außerdem die von ihm vorgesehenen „objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien oder Vorschriften, die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl an einzuladenden Bewerbern“ an¹².

Macht der Auftraggeber von der in Artikel 29 Absatz 4¹³ vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, die Zahl der im Dialog zu erörternden Lösungen schrittweise zu verringern, teilt er dies in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung mit.

Nach dem Wortlaut des Anhangs VII A, „Bekanntmachungen“¹⁴, Ziffer 23 erster Satz müssen in der Bekanntmachung die „Zuschlagskriterien nach Artikel 53: „niedrigster

¹¹ Siehe Artikel 29 Absatz 3.

¹² Siehe Artikel 44 Absätze 2 und 3. Laut Artikel 44 Absatz 3 müssen Auftraggeber mindestens drei Bewerber einladen, „sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen“. In Absatz 3 heisst es ferner: „Sofern die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien und Mindestanforderungen erfüllen, unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber das Verfahren fortführen, indem er den oder die Bewerber einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen. Der öffentliche Auftraggeber kann andere Wirtschaftsteilnehmer, die sich nicht um die Teilnahme beworben haben, oder Bewerber, die nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen, nicht zu demselben Verfahren zulassen.“

¹³ Siehe Ziffer 3.2.1. Diese Möglichkeit kann entweder anstatt der Beschränkung der Zahl der zu Beginn des Dialogs einzuladenden Teilnehmer (s. oben) genutzt werden oder zusätzlich zu ursprünglichen Teilnehmerbeschränkung.

¹⁴ Die Bekanntmachung enthält eine Reihe von Informationen, die im Zusammenhang mit dem wettbewerblichen Dialog einige Fragen aufwerfen können. So wird unter Ziffer 6 Buchstabe b erster Gedankenstrich gefordert, dass der Auftraggeber angibt, ob die Angebote erbeten werden „im Hinblick auf Kauf, Leasing, Miete, Mietkauf oder eine Kombination aus diesen“. Bei einem wettbewerblichen Dialog weiß der Auftraggeber häufig nicht, welche dieser Auftragsformen geeignet sind - er muss also angeben, dass die Bewerber ihre Angebote in jeder dieser Formen unterbreiten können. Gemäß Ziffer 9 muss der Auftraggeber angeben, ob Änderungsvorschläge zugelassen sind oder nicht. Änderungsvorschläge sind nur sinnvoll als Alternativen zu einer Standardlösung oder zu Standardanforderungen; angesichts der Tatsache, dass bei einem wettbewerblichen Dialog nur selten Standardlösungen vorgeschrieben werden, dürfte der Bedarf an Änderungsvorschlägen recht begrenzt sein. Sollte der Auftraggeber dennoch vorsehen wollen, dass von einigen der ansonsten einzuhaltenden Auflagen abgewichen werden kann, muss er in der Bekanntmachung nicht nur die Zulässigkeit von Änderungsvorschlägen angeben, sondern auch und vor allem (in der Beschreibung) „die Mindestanforderungen nennen, die die Änderungsvorschläge erfüllen müssen, und angeben, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind“ (Artikel 24 Absatz 3). Von grundlegenden Auflagen im

Preis“ oder „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ angegeben werden. Beim wettbewerblichen Dialog darf die Vergabe des Auftrags ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen¹⁵.

Sind die Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots¹⁶ nicht in der Beschreibung genannt, müssen sie in der Bekanntmachung angegeben werden¹⁷. Die Gewichtung der Kriterien bzw. unter den in Artikel 53 Absatz 2 Unterabsatz 3 genannten Umständen die Darstellung der Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung wird entweder in der Bekanntmachung, in der Beschreibung oder in der Aufforderung zur Teilnahme am Dialog angegeben¹⁸. Hinsichtlich der Gewichtung heisst es in der Richtlinie: „Kann nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so gibt der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen oder – beim wettbewerblichen Dialog – in der Beschreibung die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung an.“ Diese Bestimmung ist im Sinne der Erläuterungen des Erwägungsgrunds 46 Unterabsatz 2 anzuwenden: „Die öffentlichen Auftraggeber können in begründeten Ausnahmefällen, die zu rechtfertigen sie in der Lage sein sollten, auf die Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien verzichten, wenn diese Gewichtung insbesondere aufgrund der Komplexität des Auftrags nicht im Vorhinein vorgenommen werden kann. ... ». Da die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs einen technisch komplexen Auftrag voraussetzt, erübrigt es sich im Grunde genommen darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Gewichtung der Zuschlagskriterien und somit für ihre Nennung in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung erfüllt sind, wenn der Auftrag nach diesem Verfahren vergeben wird.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Zuschlagskriterien (und die Reihenfolge ihrer Bedeutung) im Laufe des Verfahrens (d. h. spätestens nach Absendung der

Laufe des Verfahrens abzuweichen, ist nicht möglich, wenn eine solche Möglichkeit zu Beginn des Verfahrens nicht ausdrücklich vorgesehen wurde. Desgleichen müssen in der Bekanntmachung die Möglichkeit einer Unterteilung in Lose und die Möglichkeit, ein, mehrere oder alle Lose an Unterauftragnehmer zu vergeben, angegeben werden, da die Einführung dieser Optionen im Laufe des Verfahrens eine grundlegende Änderung der Ausschreibung darstellen würde. Ferner ist vorstellbar, dass sich der Auftraggeber Optionen vorbehält - beispielsweise bei einem Auftrag über die Einrichtung eines Verkehrssystems in einem bestimmten Gebiet die Möglichkeit, den Auftrag auf ein größeres Gebiet auszudehnen. Auch in diesem Fall ist der Auftraggeber verpflichtet, in der Bekanntmachung auf diese Möglichkeit hinzuweisen, tut er dies nicht, kann er von diesen Optionen keinen Gebrauch machen.

¹⁵ Siehe Artikel 29 Absatz 1 Unterabsatz 2.

¹⁶ Z. B. Preis, technischer Wert, Umwelteigenschaften.

¹⁷ Siehe Anhang VII Teil A, „Bekanntmachung“, Ziffer 23 Satz 2. Wie die Auswahlkriterien können auch die Zuschlagskriterien nach Maßgabe der Bedürfnisse und Erfordernisse des Auftraggebers festgelegt werden. In dem oben genannten Beispiel einer integrierten Verkehrsinfrastruktur könnten die Zuschlagskriterien wie folgt aussehen: Kosten des Auftraggebers für die Einrichtung und die Verwaltung, Umweltverträglichkeit des Systems, angebotener Komfort, Zeittakt, Leistungsfähigkeit des Verkehrssystems, behindertengerechte Ausstattung, Sicherheit des Systems usw., d.h. Kriterien, die unabhängig von der vorgeschlagenen technischen Lösung angewendet werden können. Selbstverständlich müssen diese Kriterien und die Art und Weise ihrer Anwendung in den Auftragsunterlagen genannt werden.

¹⁸ Siehe Artikel 53 Absatz 2 und Artikel 40 Absatz 5 Buchstabe e.

Aufforderungen zur Teilnahme am Dialog) nicht mehr geändert werden können; und zwar aus Gründen der Gleichbehandlung, da der Auftraggeber die Zuschlagskriterien dann zu einem Zeitpunkt ändern würde, an dem er bereits Kenntnis von den Lösungsverschlügen der einzelnen Bewerber haben könnte. Die Möglichkeiten, das Verfahren im Sinne des einen oder anderen zu steuern, sind nur allzu offensichtlich, umso mehr in den Fällen, in denen eben diese Zuschlagskriterien dazu dienen, die Zahl der zu erörternden Lösungen schrittweise zu verringern (s. Ziffer 3.2.1 und hinsichtlich der Festlegung der Kriterien Fußnote 20).

Nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge¹⁹ und nach Auswahl der Bewerber fordert der Auftraggeber die ausgewählten Bewerber zur Teilnahme am Dialog auf. Diese Aufforderung muss den Bestimmungen des Artikels 40 entsprechen.

3.2. Die Dialogphase

In Artikel 29 Absatz 3 heisst es: „Die öffentlichen Auftraggeber eröffnen mit den [...] 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.“ Dieser letzte Satz bedarf der Erläuterung: Der Dialog kann sich demnach nicht nur auf die „technischen“ Aspekte sondern auch auf wirtschaftliche (Preis, Kosten, Einkünfte usw.) oder rechtliche Aspekte (Risikoverteilung und -begrenzung, Garantien, mögliche Schaffung von „Zweckgesellschaften“²⁰ usw.) erstrecken.

Die Richtlinie regelt nicht die Führung des Dialogs in allen Einzelheiten, sondern legt lediglich in Artikel 29 Absatz 3 Unterabsätze 2 und 3 den Rahmen fest²¹. Aufgrund dieser letzten Bestimmungen muss der Dialog mit jedem Bewerber einzeln geführt werden und sich auf die Vorschläge und Lösungen des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers stützen. Es besteht also nicht die Gefahr, dass die Teilnehmer untereinander Vorschläge oder Lösungen „abgucken“, es sei denn, sie willigen in einen gemeinsamen Dialog ein²²; die Vertraulichkeit ist durch die allgemeine Bestimmung des Artikels 6²³ geschützt. Darüber hinaus könnten die Teilnehmer ggf. auch den Schutz

¹⁹ Festzulegen gemäß Artikel 38.

²⁰ „special purpose vehicles“.

²¹ „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.“

²² Die Auftraggeber haben die Möglichkeit, in der Bekanntmachung oder der Beschreibung anzugeben, dass die Annahme der Aufforderung zur Teilnahme gleichbedeutend ist mit der Zustimmung zu einem gemeinsamen Dialog.

²³ „Unbeschadet der Bestimmungen dieser Richtlinie – insbesondere der Artikel 35 Absatz 4 und Artikel 41, die die Pflichten im Zusammenhang mit der Bekanntmachung vergebener Aufträge und der Unterrichtung der Bewerber und Bieter regeln – gibt ein öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts, dem er unterliegt, keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten

gemeinschaftlicher oder innerstaatlicher Vorschriften des Immaterialgüterrechts in Anspruch nehmen. Der wettbewerbliche Dialog ist also das einzige Vergabeverfahren, für das die Richtlinie einen Schutz der Ideen anbietet, die nicht unter das Immaterialgüterrecht fallen. Für das Verhandlungsverfahren gibt es keine mit Artikel 29 Absatz 3 Unterabsatz 3 vergleichbare Bestimmung²⁴.

Im Laufe des Dialogs kann der öffentliche Auftraggeber die Teilnehmer bitten, ihre Lösungsvorschläge schriftlich zu konkretisieren, u. U. in Form von Angeboten, die schrittweise vervollständigt/verbessert werden, wie es Artikel 29 Absatz 5²⁵ impliziert. Da dem Gemeinschaftsgesetzgeber bewusst war, dass diese Vorgehensweise bedeutende Investitionen seitens der Wirtschaftsteilnehmer erfordern kann, wollte er darauf hinweisen, dass es beim wettbewerblichen Dialog durchaus sinnvoll sein könnte, für die Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog Prämien²⁶ oder Zahlungen vorzusehen²⁷.

3.2.1. Schrittweise Reduzierung der Zahl der zu prüfenden Lösungen

Gemäß Artikel 29 Absatz 4 können die öffentlichen Auftraggeber vorsehen, dass „das Verfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der ... Zuschlagskriterien zu verringern²⁸.“ Die Komplexität des Auftrags sowie die Tatsache, dass die Auftraggeber mehrere Lösungen vergleichen und Entscheidungen treffen müssen, die sie im Nachhinein rechtfertigen können müssen, machen es erforderlich, dass die Anwendung des Zuschlagskriteriums auf der Grundlage schriftlicher Unterlagen erfolgt. Ob man diese Unterlagen als „vorläufiges Lösungskonzept“, „Projektentwurf“, „Angebot“ oder etwas anderes bezeichnet, wird in der Richtlinie nicht festgelegt – es ist jedoch klar, dass auch wenn sie als Angebote angesehen werden, nicht gefordert werden kann, dass sie „alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten“,

und von diesen als vertraulich eingestuften Informationen weiter, wozu insbesondere technische und Betriebsgeheimnisse sowie die vertraulichen Aspekte der Angebote selbst gehören.“

²⁴ Die Kommission war mit Fällen befasst, in denen Verhandlungsverfahren – mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung – angewendet wurden und in denen der Rückgriff auf den wettbewerblichen Dialog gerechtfertigt gewesen wäre. Obwohl es keine Bestimmung gibt, die das „Abgucken“ untersagt, ging es in keinem dieser Fälle um diesen Sachverhalt.

²⁵ „Der öffentliche Auftraggeber setzt den Dialog fort, bis er – erforderlichenfalls nach einem Vergleich – die Lösung bzw. die Lösungen ermitteln kann, mit denen seine Bedürfnisse erfüllt werden können.“

²⁶ In diesem Zusammenhang ist der Begriff „Prämie“ als "Preisgeld" im Sinne von Artikel 67 Absatz 2 Buchstabe b über die Wettbewerbe zu verstehen.

²⁷ Siehe Artikel 29 Absatz 8. Streng genommen ist diese Bestimmung überflüssig, da Prämien oder Zahlungen auch ohne eine solche Vorschrift möglich gewesen wären, da die Richtlinie kein diesbezügliches Verbot enthält. Wenn die Bestimmung dennoch im endgültigen Wortlaut der Richtlinie auftaucht, so ist sie als „Signal“ zu verstehen und es sollte nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass solche Prämien oder Zahlungen bei anderen Vergabeverfahren als dem wettbewerblichen Dialog nicht möglich wären. Siehe in diesem Sinne Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 2, der sich nicht nur auf den wettbewerblichen Dialog bezieht: „Wenn der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter vorsieht, hat er diese bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zu berücksichtigen.“

²⁸ Siehe Ziffer 3.1 Absatz 4.

da diese Forderung sich lediglich auf die Angebote bezieht, die nach Abschluss des Dialogs eingereicht werden (s. Artikel 29 Absatz 6)²⁹. Es sei darauf hingewiesen, dass sich die schrittweise Verringerung unmittelbar auf die Zahl der zu erörternden Lösungen bezieht³⁰. Bei der Reduzierung der Zahl der Lösungen sind jedoch die Grenzen des Artikels 44 Absatz 4 letzter Satz einzuhalten: „In der Schlussphase³¹ müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist [...]“ Diese Regel gilt aber nur, „sofern eine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bewerbern vorliegt.“ Es ist also möglich, dass nach der Reduzierung der Zahl der Lösungen aufgrund der Zuschlagskriterien lediglich eine Lösung und ein geeigneter Bewerber übrig bleibt, was den Auftraggeber nicht daran hindern würde, das Verfahren fortzusetzen³².

3.3. Abschluss des Dialogs, endgültige Angebote und Zuschlagserteilung

Zu gegebener Zeit erklärt der öffentliche Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen und informiert die Teilnehmer³³. Er fordert sie auf, „auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot einzureichen“. Im Allgemeinen stützen sich diese endgültigen Angebote auf die Lösung(en) der einzelnen Teilnehmer. Die Zustimmung des oder der betreffenden Wirtschaftsteilnehmer vorausgesetzt (Artikel 29 Absatz 3 Unterabsatz 3), könnte der Auftraggeber die Teilnehmer auch bitten, ihr endgültiges Angebot auf eine gemeinsame Lösung aller zu stützen. Im Normalfall werden also am Ende des Dialogs keine neuen Verdingungsunterlagen oder Beschreibungen erstellt. Die Richtlinie bestimmt, dass diese Angebote alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten, also vollständig sein müssen.

Nach Eingang der endgültigen Angebote kann der öffentliche Auftraggeber nach Maßgabe des Artikels 29 Absatz 6 Unterabsatz 2 verlangen, dass „Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Diese Präzisierungen, Klarstellungen, Feinabstimmungen oder Ergänzungen dürfen jedoch keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.“ Der Wortlaut dieser Bestimmung wie auch der des Artikels 7 Unterabsatz 2

²⁹ Wie auch beim endgültigen Angebot enthält die Richtlinie keine genauen Vorgaben hinsichtlich der Fristen für die Einreichung der Angebote bei einem wettbewerblichen Dialog. Gleichwohl müssen diese Fristen gemäß Artikel 38 Absatz 1 („Bei der Festsetzung der Fristen für den Eingang der Angebote und Anträge auf Teilnahme berücksichtigt der öffentliche Auftraggeber ... insbesondere die Komplexität des Auftrags und die Zeit, die für die Ausarbeitung der Angebote erforderlich ist.“) und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes festgelegt werden.

³⁰ In den meisten Fällen werden die Teilnehmer jeweils nur eine Lösung vorlegen und der Ausschluss einer Lösung ist dann gleichbedeutend mit dem Ausscheiden des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers. Gleichwohl enthält die Richtlinie keine Bestimmung, die die Auftraggeber daran hindert, den Teilnehmern die Einreichung mehrerer Lösungen zu erlauben.

³¹ Beim wettbewerblichen Dialog betrifft dies die in Artikel 29 Absatz 6 genannten endgültigen Angebote.

³² Selbstverständlich gelten auch in diesem Zusammenhang die Bestimmungen des Artikels 41 hinsichtlich der Begründung der einzelnen im Laufe des Verfahrens getroffenen Entscheidungen.

³³ Siehe Artikel 29 Absatz 6 Unterabsatz 1.

lehnt sich sehr stark an eine Erklärung im Protokoll des Rates³⁴ an: *„Der Rat und die Kommission erklären, dass bei den offenen und nichtoffenen Verfahren Verhandlungen mit den Bewerbern oder Bietern über Hauptbestandteile des Auftrages, deren Änderung den Wettbewerb verfälschen könnte, und insbesondere über die Preise ausgeschlossen sind; Erörterungen mit den Bewerbern oder Bietern dürfen nur stattfinden, wenn es darum geht, den Inhalt des Angebots oder die Forderungen der öffentlichen Auftraggeber zu präzisieren oder zu vervollständigen, und sofern sich dies nicht diskriminierend auswirkt.“* Zieht man ferner den letzten Satz in Erwägungsgrund 31³⁵ in Betracht, stellt man fest, dass der Spielraum des öffentlichen Auftraggebers nach Vorlage der endgültigen Angebote relativ gering ist.

Gemäß Artikel 29 Absatz 7 Unterabsatz 1 werden die endgültigen Angebote anhand der Zuschlagskriterien beurteilt und das wirtschaftlich günstigste Angebot wird ausgewählt. Gegebenenfalls darf der Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot vorgelegt hat, vom Auftraggeber „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.“ Es sei darauf hingewiesen, dass es sich hierbei nicht um Verhandlungen mit eben diesem Wirtschaftsteilnehmer handelt. Regelungen, die solche Verhandlungen ermöglichen sollten, wurden zwar vorgeschlagen, aber vom Gemeinschaftsgesetzgeber abgelehnt. Die Bestimmung greift sehr viel kürzer, d. h. sie ermöglicht lediglich eine Erläuterung oder eine Bestätigung³⁶ von Zusagen, die bereits im endgültigen Angebot enthalten sind. Darüber hinaus ist diese Bestimmung auch im Lichte des letzten Satzes des Erwägungsgrundes 31 zu interpretieren (s. Fußnote 34).

Zusammenfassend und vereinfacht lässt sich der wettbewerbliche Dialog als ein besonderes Verfahren beschreiben, das Gemeinsamkeiten sowohl mit dem nichtoffenen Verfahren als auch mit dem Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung aufweist. Der Dialog unterscheidet sich vom nichtoffenen Verfahren vor allem darin, dass jedes Element des Auftrags verhandelbar ist und vom Verhandlungsverfahren darin, dass sich die Verhandlungen im Wesentlichen auf eine bestimmte Phase im Laufe des Verfahrens konzentrieren.

³⁴ Veröffentlicht im ABl. L 210 vom 21.7.1989, S. 22. Diese Erklärung ist der Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge beigelegt. Sie bezieht sich auf Artikel 5 Absatz 4 der Richtlinie 71/305/EWG.

³⁵ „Dieses Verfahren darf allerdings nicht in einer Weise angewandt werden, durch die der Wettbewerb eingeschränkt oder verzerrt wird, insbesondere indem grundlegende Elemente geändert oder dem ausgewählten Bieter neue wesentliche Elemente auferlegt werden oder indem andere Bieter als derjenige, der das wirtschaftliche günstigste Angebot abgegeben hat, einbezogen werden.“

³⁶ Die Möglichkeit, in der Phase unmittelbar vor dem Abschluss des Vertrages aber nach Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Zusagen zu bestätigen, wurde aufgenommen, um der Zurückhaltung der Finanzinstitute Rechnung zu tragen, die in einer früheren Phase des Verfahrens keine verbindlichen Zusagen machen wollen.