

LESSIAK & PARTNER

rechtsanwälte

Börseplatz-Börsegasse 10
A-1010 Wien
Tel +43 (1) 533 23 00-30
Fax +43 (1) 533 23 00-90
lawyers@lessiak.at
DVR 1016105

Erste Bank (BLZ 20111)
Konto 020-38013

Kooperation von:

Dr. Horst Auer
Rechtsanwalt

Dr. Rudolf Lessiak
Rechtsanwalts GmbH

Dr. Philipp Pelz
Rechtsanwalt

Wettbewerblicher Dialog

von

Dr. Rudolf Lessiak

Rechtsanwalt in Wien

Vortrag vom 20.10.2006 beim
Vergabeforum 2006

4. Österreichisches Jahresforum für das öffentliche Auftragswesen und PPP

I. Anwendungsbereich

Dieses mit dem BVergG 2006 neu eingeführte Verfahren geht auf die Umsetzung des Art 29 der RL 2004/18/EG zurück.

Erwägungsgrund 31 der RL 2004/18/EG führt zum wettbewerblichen Dialog und zu den Anwendungsvoraussetzungen aus:

“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. Daher sollte für Fälle, in denen es nicht möglich sein sollte, derartige Aufträge unter Anwendung offener oder nicht offener Verfahren zu vergeben, ein flexibles Verfahren vorgesehen werden, 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. 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 wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben hat, einbezogen werden.”

§ 34 BVergG 2006 hat die Anwendungsvoraussetzungen des Erwägungsgrundes 31 der RL 2004/18/EG übernommen.

Gemäß § 34 Abs 1 BVergG 2006 können Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialoges vergeben werden, wenn es sich um besonders komplexe Aufträge handelt und die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich ist.

Ein Auftrag ist gemäß § 34 Abs 2 BVergG 2006 dann besonders komplex, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Spezifikationen für eine Ausschreibung, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können, oder die rechtlichen und finanziellen

Konditionen des Vorhabens anzugeben. 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.

Die Einführung des wettbewerblichen Dialogs wurde deshalb erforderlich, weil selbst das Verhandlungsverfahren bei derart komplexen Aufträgen eine zu geringe Flexibilität aufweist. Beim wettbewerblichen Dialog wird die Projektlösung im Wettbewerb erarbeitet (Dialogphase). Dadurch soll eine vorzeitige Festlegung des Auftraggebers auf ein suboptimales Konzept vermieden und die Öffnung für innovative Bieterkonzepte ermöglicht werden.

I. Gesetzlicher Rahmen

Sieht man in der Vergabe von PPP-Verträgen den oder einen Hauptanwendungsfall für den wettbewerblichen Dialog, dann erscheint es gerechtfertigt, vorab kurz die gesetzliche Ausgangslage für die Vergabe solcher Aufträge darzustellen.

Aus vergaberechtlicher Sicht lassen sich PPP-Modelle, deren wesentlicher Inhalt (auch) in der Erbringung von Bauleistungen liegt, weitestgehend als Vergabe einer Baukonzession einordnen.

In § 7 BVergG 2006 wird der Baukonzessionsvertrag – entsprechend den Vorgaben der Richtlinie - wie folgt definiert:

„Baukonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Bauaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

Zentrales Merkmal der Baukonzession ist sohin das Nutzungsrecht während eines bestimmten Zeitraumes. Den Baukonzessionsvertrag charakterisiert sohin die Übernahme eines umfassenderen Risikos als bei einem gewöhnlichen Bauauftrag, da dieses Risiko über das Errichtungsrisiko des Bauwerkes hinausgeht. Die Zuzahlung einer Vergütung der öffentlichen Hand ist einer Beurteilung der Vereinbarung als Baukonzession nicht abträglich – es sei denn, dass die Zuzahlung so ausgestaltet ist, dass sie

den Bauunternehmer vom Nutzungsrisiko im Ergebnis weitgehend entlastet. Dann liegt ein schlichter Bauauftrag vor.

Die Vergabe von Baukonzessionsverträgen ist im 2. Teil, 4. Hauptstück, 2. Abschnitt ("Vergabe von Baukonzessionsverträgen und Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre") in den §§ 142 bis 145 BVergG 2006 geregelt.

Diese Bestimmungen sind *leges speciales* zum allgemeinen Vergaberecht und bewirken eine - gemessen am Verfahren für Bauaufträge - weniger formalisierte Gestaltung des Verfahrens. Neben den Bestimmungen dieses Hauptstückes gelten die in § 142 BVergG 2006 bezogenen Teile des Bundesvergabegesetzes.

Der ganz wesentliche Unterschied der Vergabe einer Baukonzession gegenüber der Vergabe eines Bauauftrages liegt in der freien Wahl des Vergabeverfahrens, was wohl immer zur Wahl des Verhandlungsverfahrens führen wird, in das man bei der Vergabe eines Bauauftrages nur höchst selten gelangen wird – es sei denn, man strebt den wettbewerblichen Dialog an. In das (neue) Verfahren des wettbewerblichen Dialogs gelangt allerdings auch der Auftraggeber einer Baukonzession nur, wenn die Voraussetzungen des § 34 BVergG 2006 erfüllt sind.

Festzuhalten ist, dass daher für die Vergabe von PPP-Verträgen auch künftig das Verhandlungsverfahren zur Verfügung steht – das aber einer Reihe von Anforderungen nicht genügen kann, die man mit dem neuen Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs abzudecken hofft. Auf dieses neue Verfahren ist daher im Folgenden einzugehen.

Diesen grundlegend neuen Ansatz für die Vergabe von PPP-Projekten ermöglichte das am 30.04.2004 im Amtsblatt publizierte Legislativpaket der Europäischen Gemeinschaft. Teil dieses Legislativpakets ist die Einführung des wettbewerblichen Dialogs als neues Verfahren für die Auftragsvergabe.

Diese Verfahrensart soll nicht nur, aber ganz besonders den spezifischen Anforderungen der Vergabe eines PPP-Modells gerecht werden und eröffnet tatsächlich neue Ansätze für die Vergabe solcher Projekte, die sich meines Erachtens nicht im formal-juristischen Bereich der Abwicklung des Vergabeverfahrens erschöpfen, sondern die von der klassischen Vergabesituation grundlegend verschiedene Anforderung der Vergabe eines komplexen Projektes, bei dem die vom Auftraggeber benötigte Lösung nicht vorgegeben ist, sondern erst entwickelt werden muss, berücksichtigen.

Zwar lässt sich noch nicht annähernd abschätzen, was in dieser neuen Verfahrensart tatsächlich vergaberechtlich möglich sein wird und welche Vorteile oder Nachteile dies mit sich bringt. Der grundlegende Ansatz, dass der Auftraggeber bei Beginn des Verfahrens zwar relativ konkrete Vorstellungen darüber hat, welches Ergebnis er benötigt, aber noch keine oder nur sehr vage Vorstellungen darüber hat, wie dieses Ziel unter möglichst geringer Belastung des Staatshaushaltes erreicht werden soll, ist die typische Ausgangssituation vor Vergabe eines PPP-Projekts.

Dafür ein Verfahren zu schaffen, in dem es - wie es der wettbewerbliche Dialog tut - in einer ersten Dialogphase um die Ermittlung der Lösung geht, welche zur Erreichung der Ziele des Auftraggebers am besten geeignet erscheint und erst in einer zweiten Phase das eigentliche Angebotsverfahren zu regeln, scheint jedenfalls prima vista ein besser geeigneter Weg als die bisher vorgegebene Vorgangsweise im Verhandlungsverfahren, die stets voraussetzte, dass der Auftraggeber den Bietern mitteilt, welche Lösungen anzubieten sind und dem Umstand, dass diese Lösungen nicht vorab hinreichend konkret beschreibbar sind, um sie im offenen oder nicht offenen Verfahren auszuschreiben, nur insoweit Rechnung trägt, dass diese Lösungsvorschläge nach Angebotsabgabe verhandelt werden können.

Die beiden am 30.04.2004 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften publizierten Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG fassten das materielle Vergaberecht auf Gemeinschaftsebene grundlegend neu. Sie waren bis spätestens 01.02.2006 in das jeweilige nationale Recht umzusetzen.

Dies erfolgte in Österreich durch das BVergG 2006, das im Laufe des Sommers (Aussendung: 05.07.2005, Ende der Frist: 31.08.2005) der Begutachtung unterzogen sowie am 06.12.2005 im Parlament beschlossen worden war und – plangemäß noch im Rahmen der Umsetzungsfrist - am 01.02.2006 in Kraft trat.

Die In-Kraft-Tretens-Bestimmungen, die Außer-Kraft-Tretens-Bestimmungen sowie die Übergangsbestimmungen sind in § 345 BVergG 2006 geregelt. Vor dem 01.02.2006 eingeleitete Vergabeverfahren sind nach den alten Bestimmungen zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des BVergG 2006 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind vom Bundesvergabeamt nach den Bestimmungen des BVergG 2002 fortzuführen (§ 345 Abs 4 BVergG 2006). Auf Rechtsschutzverfahren die nach dem 01.02.2006 eingeleitet werden, aber ein in diesem Zeitpunkt bereits

laufendes Vergabeverfahren betreffen, sind zwar die neuen Rechtsschutzvorschriften anzuwenden, hinsichtlich der materiellrechtlichen Beurteilung gelten jedoch die Bestimmungen des BVergG 2002. In Angelegenheiten, in denen die Vollziehung gemäß § 14 b Abs 2 Z 2 B-VG Landessache ist, sind gemäß § 345 Abs 3 BVergG 2006 besondere Regelungen über das In-Kraft-Treten und Außer-Kraft-Treten zu beachten, insbesondere können Aufträge im Wege eines wettbewerblichen Dialogs erst mit 01.01.2007 vergeben werden (§ 345 Abs 3 Z 2 BVergG 2006). Weiters werden die in den Übergangsbestimmungen genannten Verordnungen der Bundesregierung bzw des Bundeskanzlers aufgehoben (§ 345 Abs 6 bis 12 BVergG 2006).

Der uns hier interessierende wettbewerbliche Dialog stammt aus der Richtlinie 2004/18/EG.

Seine Einführung in das BVergG 2006 war in vielfältigster Weise in den neuen Regelungen zu berücksichtigen. Die zentralen Bestimmungen des BVergG 2006 für den wettbewerblichen Dialog folgen der auch sonst bei den einzelnen Verfahrensarten eingehaltenen Dreiteilung in:

- eine grundlegende Definition,
- die Regelungen, wann ein bestimmtes Verfahren zur Verfügung steht und schließlich
- die inhaltlichen Festlegungen.

Das ist beim wettbewerblichen Dialog umgesetzt in:

- § 25 Abs 9, der diese Verfahrensart definiert,
- § 34, der festlegt, wann Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialogs vergeben werden können sowie
- den §§ 159 bis 162 BVergG 2006, welche die inhaltlichen Bestimmungen über die Abwicklung des wettbewerblichen Dialogs enthalten.

§ 25 Abs 9 BVergG 2006 definiert den wettbewerblichen Dialog als in zwei Phasen angelegtes Verfahren, das man im Sinne der bisherigen Terminologie als „dreistufig“ bezeichnen könnte.

Nach Einladung einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen wird aus diesen Unternehmen eine bestimmte Zahl von Bewerbern ausgewählt.

Mit diesen ausgewählten Bewerbern wird der „Dialog“ geführt, dessen wesentliches Ziel es ist, eine oder mehrere Lösungen zu ermitteln, welche den Anforderungen des Auftraggebers bestmöglich genügt.

Ist dies geschehen, folgt die letzte Phase, in welcher der oder die Bewerber auf Basis der im vorangegangenen Dialog ermittelten Lösung (oder Lösungen) zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Unproblematisch erscheint die Erfüllung der in § 34 BVergG 2006 normierten Voraussetzungen zur Wahl des wettbewerblichen Dialogs im Falle der Vergabe eines PPP-Projektes.

Dass es sich bei einem PPP-Projekt sowohl um einen besonders komplexen Auftrag handelt - womit die Voraussetzung des § 34 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 erfüllt ist - als auch die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich ist - womit die in der Ziffer 2 der genannten Gesetzesstelle angeführte Voraussetzung erfüllt ist - weil sich die Leistungen typisch nicht vorab so beschreiben lassen, dass vergleichbare und zuschlagsfähige Angebote gelegt werden können, dürfte unstreitig sein.

So war es auch bisher - soweit zu sehen - stets unproblematisch, die Vergabe eines PPP-Projekts im Verhandlungsverfahren zu begründen, für dessen Wahl bekanntlich ähnliche Erwägungen gelten.

So evident die Zulässigkeit der Wahl des wettbewerblichen Dialogs erscheinen mag, darf doch nicht übersehen werden, dass gemäß § 36 BVergG 2006 auch in diesem Fall die für die Durchführung des wettbewerblichen Dialogs maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten sind. § 36 BVergG 2006 gilt Kraft der Verweisungsnorm des § 159 Abs 1 BVergG 2006 - womit wir am Beginn der Bestimmungen über den wettbewerblichen Dialog sind, die seinen Inhalt regeln.

II. Ablauf und Vergleich zum Verhandlungsverfahren

In bewährter Manier beginnen die Regelungen dieser besonderen Verfahrensart mit der Aufzählung - in § 159 Abs 1 BVergG 2006 -, welche Bestimmungen des BVergG 2006 für den wettbewerblichen Dialog (ausschließlich) gelten, zuzüglich jener Bestimmungen, auf welche in diesem Abschnitt verwiesen wird.

Die durch § 159 Abs 1 BVergG 2006 für anwendbar erklärten Bestimmungen

sind im Wesentlichen:

Die Bestimmungen des 1. Teils (Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen), des 4. Teils (Rechtsschutz), des 5. Teils (außerstaatliche Kontrolle sowie zivilrechtliche Bestimmungen) und des 6. Teils (Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen).

Von den Bestimmungen des 2. Teils (Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber) wurden ausweislich der Erläuterungen nur „einzelne Regelungen ... für anwendbar erklärt ..., um ein für den Auftraggeber möglichst formfreies Verfahren zur Verfügung zu stellen“.

Zusammengefasst sind dies neben § 3, der den persönlichen Geltungsbereich regelt, die §§ 4, 5, 6 und 9 über die einzelnen Auftragsarten, § 10 mit den Ausnahmen vom Geltungsbereich, § 19 über die Grundsätze des Vergabeverfahrens und aus den allgemeinen Bestimmungen über Bewerber und Bieter des § 20 die Abs 2 und 3. Selbstverständlich gelten weiters § 25 Abs 9, der den wettbewerblichen Dialog grundlegend definiert und § 34, der – wie erwähnt – die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Wahl dieses Verfahrens regelt, weshalb auch § 36, der die Verpflichtung zur Festhaltung der Gründe für die Wahl bestimmter Vergabeverfahren regelt, für anwendbar zu erklären war.

Aus den Bestimmungen für die Durchführung von Verfahren im dritten Hauptstück gelten die §§ 43 bis 49 und die besonderen Bekanntmachungsbestimmungen für den Ober- und Unterschwellenbereich der §§ 50 und 52 bis 55.

Aus den Fristenbestimmungen des 4. Abschnitts sind die §§ 56 bis 59 sowie 62 bis 64 und 67 anwendbar.

Die Eignungsvorschriften des 5. Abschnitts (§§ 68 – 78) wurden ebenfalls vollständig für anwendbar erklärt.

Soweit die durch Verweisung in § 159 Abs 1 für anwendbar erklärten Normen des BVergG 2006.

Gesondert weisen die Erläuterungen darauf hin, dass wegen der Festlegung des § 159 Abs 2, wonach der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen hat, eine Zuschlagserteilung auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis im wettbewerblichen Dialog nicht in Frage kommt.

Diese Einschränkung scheint bei der Vergabe von PPP-Projekten Probleme zu bereiten. Geht es doch gerade bei Infrastrukturprojekten regelmäßig darum, dass die technische Ausgestaltung weitgehend vorgegeben, jedenfalls aber im Ergebnis in den einzelnen Angeboten selten gravierende Unterschiede aufweisen wird. Zentrale Unterschiede in den Angeboten erhofft sich der Auftraggeber bei den Finanzierungsmodellen, die im Ergebnis alle darauf hinauslaufen sollen, dass die privatwirtschaftliche Finanzierung des Projektes den öffentlichen Auftraggeber weniger kostet als eine klassische Finanzierung im Wege des Staatshaushalts.

Diesem Ansatz entsprechend sieht Art 29 Abs 1 der Richtlinie zum wettbewerblichen Dialog vor:

„Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags darf ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen“.

Die Festlegung, dass auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot und nicht bloß auf das „preisgünstigste“ Angebot zugeschlagen werden kann, scheint auf den ersten Blick im Konflikt mit dem zentralen Anliegen jedes PPP-Projektes zu stehen, im Wettbewerb die für den öffentlichen Auftraggeber günstigste privatwirtschaftliche Finanzierung des Infrastrukturprojektes zu finden.

Tatsächlich löst sich dieser Widerspruch meines Erachtens schon dadurch, dass ein reines „Preiskriterium“ bei PPP-Projekten deshalb ausscheidet, weil sich wohl nie die Qualitätsstandards der Leistung so klar beschreiben lassen, dass im Ergebnis qualitativ so weitgehend gleichwertige Angebote sichergestellt sind, dass Qualitätsunterschiede keine wesentliche Rolle in der Bewertung spielen können. [Siehe Praxistipp 3!]

§ 160 regelt die notwendigen Inhalte der Bekanntmachung, aufgrund derer sich Interessenten um die Teilnahme am wettbewerblichen Dialog bewerben können.

Zutreffend verweisen die Erläuterungen darauf, dass die bereits in der Bekanntmachung geforderte nähere Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers in diesem Stadium nur in allgemeiner Art und Weise erfolgen können wird. Soll doch gerade die nächste Phase, das ist der Dialog mit den ausgewählten Bewerbern, dazu dienen, nicht nur die vorzuschlagenden Lösungen, sondern im Wechselspiel damit auch die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers näher zu konkretisieren.

Möglich wäre es grundsätzlich auch – gemäß § 160 Abs 2 letzter Satz – diese nähere Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers erst in der Beschreibung vorzunehmen, welche den ausgewählten Bewerbern mit der Aufforderung zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog übermittelt wird. [Siehe Praxistipp 1!]

Die Regelungen des § 160 Abs 3 bis Abs 8 behandeln im Wesentlichen die Einreichung der Teilnahmeanträge sowie das Verfahren zur Auswahl der einzuladenden Bewerber so, wie wir dies vom zweistufigen Verhandlungsverfahren gewohnt sind.

Mit Auswahl der zur Teilnahme am Wettbewerb aufzufordernden Bewerber hat der Auftraggeber dann gemäß § 160 Abs 9 eine Beschreibung und allfällige zusätzliche Unterlagen an diese Bewerber zu übermitteln, die in ihren wesentlichen Elementen einer „Erstfassung“ der Ausschreibungsunterlagen ähneln.

Neben der nun jedenfalls erforderlichen Bekanntgabe der Zuschlagskriterien hat der Auftraggeber in dieser Beschreibung auch typisch eine nähere Detaillierung seiner Bedürfnisse und Anforderungen zu geben.

Auf eine Besonderheit darf ich gesondert hinweisen:

Da in dieser Beschreibung (gemäß § 160 Abs 9 Z 7) auch die Adresse anzugeben ist, bei welcher die Bewerber ihre Lösungsvorschläge einzureichen haben, ist klargelegt, dass ein solcher Lösungsvorschlag auch tatsächlich vorzulegen ist.

Dies ergibt sich auch aus den Regelungen über die nun anschließende Dialogphase in § 161.

Hier ist zunächst einmal festgehalten, dass der Auftraggeber mit den Teilnehmern einen Dialog führt mit dem Ziel, die Lösung oder die Lösungen zu ermitteln, mit der oder mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können.

Allerdings dürfen – gemäß § 161 Abs 3 – mit jedem Teilnehmer nur die von ihm vorgelegten Lösungen erörtert werden, wobei – gemäß § 161 Abs 4 – Lösungsvorschläge eines Bewerbers nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung an andere Bewerber weiter gegeben werden dürfen. [Siehe Praxistipp 4!]

Dieses Konzept, dass die einzelnen Lösungsvorschläge getrennt verhandelt werden sollten, wird noch dadurch verstärkt, dass während dieser Dialogphase die zu erörternden Lösungen anhand der Zuschlagskriterien verringert, ja einzelne Teilnehmer, deren Lösungen nicht weiter verhandelt werden sollen, sogar vom Ausscheiden ihrer Lösungen und damit von ihrem Ausscheiden aus dem weiteren Verfahren verständigt werden können.

Auch wenn der Auftraggeber schließlich als Ergebnis des Dialoges ermittelt hat, welche Lösungen für die Erfüllung seiner Ziele am besten geeignet sind, haben die verbliebenen Teilnehmer, die gemäß § 162 Abs 1 nunmehr aufgefordert werden, ihre Angebote zu legen, dies „auf der Grundlage der jeweils vorgelegten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösung oder Lösungen“ zu tun. [Siehe Praxistipp 2!]

Zum einen muss der Auftraggeber verhindern, dass die Bewerber in der Dialogphase ständig neue Lösungen „nachschieben“, ja sogar (bei entsprechender Zustimmung der Teilnehmer zur Weitergabe ihrer Lösungsvorschläge) auf fremde Lösungsvorschläge „aufspringen“ und damit im Verfahren bleiben.

Zum anderen dürfen diese Restriktionen nicht dazu führen, dass der fruchtbare Ansatz, im Dialog mit allen ausgewählten Bewerbern aus der Vielzahl der diskutierten Lösungen jene Elemente in den letztlich fortzuführenden Lösungsvorschlag zu übernehmen, die insgesamt in ihrem Zusammenspiel die für den Auftraggeber bestgeeignete Lösung bilden, entwertet wird.

Ist es doch gerade die Ausgangslage für die Wahl des wettbewerblichen Dialogs, dass der Auftraggeber zu Beginn des Verfahrens noch nicht weiß, welche Lösung für seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten geeignet ist und man nicht vorweg unterstellen darf, dass einer der Bewerber gleich zu Beginn der Dialogphase mit seinem Lösungsvorschlag das Ei des Kolumbus findet, sondern gemeinsame Suche nach der bestmöglichen Lösung unter Verwertung der Ansätze verschiedener Bewerber den Auftraggeber letztlich dort hinführt, wo er gemäß § 161 Abs 6 den Dialog beenden soll: Wenn er die Lösung (oder die Lösungen) ermittelt hat, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse und Anforderungen am besten geeignet ist (oder sind).

Wie man das Verfahren zwischen der ein ordentliches Verfahren verschlingenden Charybdis, dass stets neue Lösungen „nachgeschoben“

werden und einzelne Bewerber am Trittbrett anderer Lösungen mitfahren und der Skylla durchsteuert, dass das Verfahren an der am „wenigsten schlechten“ Lösung hängen bleibt und Vorschläge, welche diese Lösung verbessern würden, gefressen werden vom Verbot, „fremde“ Lösungsansätze zu verwenden, wird der Praxis noch einiges an Kopfzerbrechen bereiten.

Hat das Verfahren allerdings diese Fährnisse glücklich durchschiffte, dann fordert der Auftraggeber die verbliebenen Teilnehmer gemäß § 162 Abs 1 auf, ihr Angebot zu legen.

Zugleich oder davor gibt der Auftraggeber den Abschluss der Dialogphase allen Teilnehmern bekannt. In diesem Zusammenhang ist auf § 2 Z 16 lit a sublit II zu verweisen, wonach die Verständigung vom Abschluss der Dialogphase eine gesondert anfechtbare Entscheidung ist.

Mit der vorgenannten Aufforderung hat der Auftraggeber erneut die Möglichkeit, die Beschreibung entsprechend den Ergebnissen des Dialogs anzupassen, sodass auch hinsichtlich der Zuschlagskriterien eine Präzisierung oder Änderung der Gewichtung zulässig sein wird.

Auch nach Angebotsabgabe können die Bieter über Verlangen des Auftraggebers ihre Angebote „klarstellen, präzisieren, fein abstimmen und ergänzen“, womit zwar nicht ausdrücklich die Zulässigkeit des Verhandels genannt, mE aber im Ergebnis eingeräumt ist. Dies mit der auch im Verhandlungsverfahren geltenden Grenze, dass Veränderungen grundlegender Elemente des Angebots, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnten, unzulässig sind.

Ob damit tatsächlich die Zulässigkeit des Verhandels eingeräumt wird – wie ich dies sehe - ist strittig.

Einzelne Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf (Arbeitsgruppe öffentlicher Auftraggeber, Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger und WGKK) forderten dies ausdrücklich.

Fruhmann/Mayr vertreten die Auffassung, dass „unter Beachtung des Diskriminierungsverbots und des Wettbewerbsgrundsatzes der Auftraggeber mit den Bietern präzisierende Verhandlungen führen und auch von dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger gewisse Präzisierungen verlangen kann“. Dabei „dürfen weder grundlegende Elemente der Angebote

geändert noch den Bietern neue wesentliche Verpflichtungen auferlegt werden”.

Anderer Auffassung ist nach Fruhmann/Mayr offenbar eine Dienststelle der EK, „die in einem internen Dokument die Ansicht vertritt, dass nach Beendigung der Dialogphase der wettbewerbliche Dialog nach den Regeln für das offene Verfahren ablaufen muss. Dies hätte zur Konsequenz, dass PPP-Projekte bereits in der Dialogphase vollständig ausgearbeitet werden müssten und eine Nachjustierung (nach Angebotsabgabe) im Verhandlungsweg unzulässig wäre” (Vgl. Fruhmann/Mayr, Das Bundesvergabegesetz 2006, in *ecolex* 2006, 92).

Meines Erachtens ergibt sich die Zulässigkeit des Verhandeln aus § 162 Abs 3 BVergG 2006, da es dem Bieter ohne Verhandlungen nicht möglich ist, sein Angebot zu “ergänzen”.

Gemeint ist hier natürlich nicht der Fall des § 162 Abs 5. Danach kann der „ermittelte Bestbieter“ sohin in einem Stadium nach Zuschlagsentscheidung – „sein Angebot näher erläutern und darin enthaltene Zusagen bestätigen“ – das räumt sicherlich nicht die Möglichkeit ein, nachzuverhandeln.

Ab diesem Punkt läuft der wettbewerbliche Dialog im Wesentlichen wie ein Verhandlungsverfahren in seiner zweiten Stufe weiter, sohin über die Auswahl des Bestbieters zur Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung.

Neben vereinzelt Forderungen, dieses neue Verfahren überhaupt nicht einzuführen und dem Hinweis auf die Unschärfe einzelner Regelungen und damit verbundene Rechtsunsicherheiten – die meines Erachtens allerdings durch die Richtlinie vorgegeben sind – konzentrierten sich die Forderungen der Stellungnahmen darauf, die Möglichkeit der Gewährung von Prämien oder Zahlungen für die Teilnahme am Dialog in eine zwingende Vorgabe zu verwandeln, sowie auf die Anregung, im oben zitierten § 162 Abs 3 klarzustellen, dass die Angebote auch nach ihrer Abgabe nicht nur „klargestellt, präzisiert, fein abgestimmt und ergänzt“, sondern auch „verhandelt“ werden dürfen.

Eine Bestimmung betreffend Prämien oder Zahlungen findet sich in Art 29 Abs 8 der RL 2004/18/EG. § 160 Abs 2 Z 6 BVergG 2006 sieht vor, dass die Festlegungen des Auftraggebers über die Zahlung von Prämien den potentiellen Interessenten möglichst frühzeitig zur Kenntnis gebracht werden sollten. [Siehe Praxistipp 5!]

III. Praxistipps für die Umsetzung

Praxistipp 1:

Hinsichtlich der Frage, ob der Auftraggeber eine nähere Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen bereits in der Bekanntmachung zu formulieren hat oder davon abweichend erst in einer Beschreibung gemäß § 160 Abs 9 BVergG 2006 wird sich in der Praxis ein stufenweise näher zu konkretisierendes Vorgehen empfehlen, das eine erste, allgemeine Erläuterung in der Bekanntmachung vornimmt, diese Erläuterung in der genannten Beschreibung wesentlich konkreter detailliert, bis dann - innerhalb der Grenzen dieser Beschreibung und nach den Ergebnissen der Dialogphase - ihre (weitgehend) endgültige Festlegung gemeinsam mit der Einladung zur Angebotslegung erfolgt.

Die Notwendigkeit, möglichen Bewerbern schon vor Beginn der Ausarbeitung der Teilnahmeanträge eine Orientierung zu geben, welche Anforderungen auf sie zukommen, sodass sie jedenfalls die Zusammensetzung ihrer Bewerbergemeinschaften optimal strukturieren und möglichst frühzeitig mit der Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen beginnen können, spricht dafür, diese Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers bereits in der Bekanntmachung so genau vorzunehmen, wie es in diesem frühen Stadium eben möglich ist und diesbezüglich bereits verfügbare Informationen nicht erst in die Beschreibung aufzunehmen.

Differenziert sehe ich dies bei den Zuschlagskriterien.

Gemäß § 160 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 hat die Bekanntmachung eine nähere Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers zu enthalten. Hinsichtlich der Zuschlagskriterien sehe ich dies nicht so.

§ 160 Abs 2 Z 5 BVergG 2006 geht zwar – ebenso wie die Richtlinie – grundsätzlich davon aus, dass die Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung mitgeteilt werden. Von der gemäß § 160 Abs 2 letzter Satz ebenfalls offen stehenden Möglichkeit, die Zuschlagskriterien erst mit der vorgenannten Beschreibung mitzuteilen, dürfte (und sollte) die Praxis allerdings ausgiebig Gebrauch machen, um eine vorschnelle Bindung des Auftraggebers, für welche zum Zeitpunkt der Bekanntmachung noch keine Notwendigkeit besteht, zu vermeiden.

Da die erst in der letzten Phase anzubietenden Lösungen erst nach Versendung dieser Beschreibung mit den einzelnen Bewerbern erörtert werden, ist weiters davon auszugehen, dass auch nach Abschluss des Dialogs, sohin mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, die Zuschlagskriterien überarbeitet werden können. Dies ist – wie die Erläuterungen betonen – zulässig. Allerdings nur innerhalb der durch die Richtlinie vorgegebenen Grenzen des § 162 Abs 1, dass keine Änderung von grundlegenden Elementen erfolgen darf, die zu einer Verfälschung des Wettbewerbes führen oder sich diskriminierend auswirken könnte.

Praxistipp 2:

Da es das Ziel des Dialogs ist, eine oder mehrere den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Lösung/Lösungen zu ermitteln, auf dessen/deren Basis die Bewerber zur Angebotslegung aufgefordert werden, ist es erforderlich, dass die Aufforderung zur Angebotslegung die Lösung/Lösungen enthält, die im Dialog ermittelt wurden.

Meine praktische Empfehlung ist es, dass der Auftraggeber den jeweiligen Teilnehmern am Dialog ein Statusdokument übermittelt, in welchem alles festgehalten ist, was die Aufforderung zur Angebotslegung enthalten soll. Wenn dann noch ein Defizit bemerkt wird – der Auftraggeber will etwas in die Aufforderung zur Angebotslegung aufnehmen, was bisher im Dialog unerörtert blieb – dann bleibt mE die Möglichkeit, noch eine Dialogrunde mit jedem Teilnehmer zu diesem Statusdokument zu führen und zwar so, dass alles, was im Statusdokument steht, im Dialog vorkam.

Dieser Zeitaufwand von maximal einem Tag – bei entsprechend organisierter Vorgangsweise – steht jedenfalls dafür, die Rechtsunsicherheit abzufangen, die entsteht, wenn der Auftraggeber Positionen in die Aufforderung zur Angebotslegung aufnehmen will, bei denen es zumindest fraglich ist, ob sie tatsächlich im Dialog vorgekommen sind.

Praxistipp 3:

Bei Formulierung der Ausschreibungsunterlagen ist darauf zu achten, dass die Finanzierungsvorteile nicht einfach unter einem allgemeinen „Preiskriterium“ abgehandelt, sondern als Qualitätskriterien, insbesondere hinsichtlich der Finanzierungsvorschläge, formuliert werden.

Geht es doch gerade darum, eine privatwirtschaftliche Finanzierung zu finden, welche für den öffentlichen Auftraggeber günstiger ist als die klassische Budgetfinanzierung. Solche, für den öffentlichen Auftraggeber günstigere Finanzierungsmodelle sind Qualitätsmerkmale des Angebots, sodass auch dann, wenn ihnen bei Gewichtung des Zuschlags wesentliche Bedeutung zukommt, im Sinne des Art 29 Abs 1 letzter Satz der Richtlinie auf das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot zugeschlagen und damit diese Voraussetzung erfüllt wird.

Praxistipp 4:

Der Auftraggeber sollte stets bestrebt sein, die Zustimmung zu der Möglichkeit der Weitergabe von Lösungen eines Bewerbers an andere Bewerber – welche in § 161 Abs 4 normiert ist - einzuholen.

Wird es doch für den Auftraggeber praktisch kaum durchführbar sein, mit jedem Bewerber einen konstruktiven Dialog über seinen Lösungsvorschlag zu führen, ohne das Wissen einfließen zu lassen, welches der Auftraggeber inzwischen aus den Dialogen mit den anderen Bewerbern – und damit letztlich aus ihren Lösungsvorschlägen – gewonnen hat. Der Sorge, dass sich Bewerber dann hüten werden, wertvolle Lösungen vorzuschlagen, wenn sie wissen, dass andere Bewerber zumindest mittelbar davon profitieren könnten, setzt vor allem das Wissen jedes Bewerbers eine Grenze, dass noch während der Dialogphase untaugliche Lösungen ausgeschieden und nur jene Bewerber, deren Lösungen am besten geeignet erscheinen, zur Angebotslegung eingeladen werden.

Praxistipp 5:

Im Interesse des Auftraggebers empfiehlt sich eine Regelung über die Zahlung von Prämien an die potentiellen Interessenten bereits in der Bekanntmachung vorzusehen.

In der bisherigen Praxis hat es sich als Problem erwiesen, die Bedingungen für die Abwicklung eines PPP-Projektes so attraktiv zu gestalten, dass sich eine ausreichende Anzahl an Interessenten gefunden hat, welche die hohen Kosten der Beteiligung an einem derartigen Verfahren nicht scheute und sich auf das Verfahren eingelassen hat. Ein ganz besonderer Kostentreiber und Dämpfer des Interesses, hier mitzutun, ist die Anforderung an den

Bewerber, im Dialog wertvolle Lösungsansätze zu entwickeln, ohne zu wissen, ob er oder einer seiner Konkurrenten letztlich die insgesamt gewonnene Lösung umsetzen wird. Sind doch diese Beteiligungskosten notwendigerweise für alle Bewerber bis auf den einen Sieger frustrierter Aufwand.

Macht daher der Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch, diese Drohung hoher frustrierter Kosten durch Prämien abzuschwächen, die bereits für die Teilnahme am Dialog gewährt werden – wie dies § 160 Abs 2 Z 6 vorsieht – dann wäre dies ein mE fruchtbarer Ansatz, die Attraktivität solcher Verfahren zu steigern. Im Hinblick auf das Auftragsvolumen, das in solchen Verfahren typisch vergeben wird, sollte der Auftraggeber letztlich durch die gesteigerte Qualität der im Dialog ausgearbeiteten Lösungen diesen Aufwand wieder hereinspielen können.

IV. Ausblick

Von der Verfahrensart wettbewerblicher Dialog wird derzeit bereits in einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union – etwa in Deutschland, Frankreich und England – und von der Europäischen Kommission Gebrauch gemacht, wenn auch noch recht selten.

Unsere Recherchen ergaben, dass bis Mitte Oktober 2006 europaweit achtzehn Vergaben nach diesem Vergabeverfahren eingeleitet worden waren, von denen fünf Bekanntmachungen bereits widerrufen sind.

Weiters wurden zwei Vorankündigungen von Vergaben in der Verfahrensart wettbewerblicher Dialog veröffentlicht.

Die Bekanntgabe eines Zuschlages im wettbewerblichen Dialog liegt noch nicht vor.

In Österreich hat – soweit zu sehen – noch kein öffentlicher Auftraggeber dieses neue Vergabeverfahren ausprobiert, sodass sich die folgenden Beispiele der praktischen Anwendung des wettbewerblichen Dialoges auf Deutschland und die Europäische Kommission beschränken.

Beispiele sind:

- Die Stadt Thale (Deutschland) plant ein neues Thermalbad in Form eines PPP-Modells zu realisieren.
- Der Klinikverbund Mühlenkreis (Deutschland) hat die Komplettversorgung der klinischen Laboratorien des Klinikverbundes im Mühlenkreis ausgeschrieben.
- Das GSF – Forschungszentrum für Umwelt und Gesundheit in Neuherberg (Deutschland) plant Software-Dienstleistungen in der Verfahrensart wettbewerblicher Dialog zu vergeben.
- Das Landratsamt Bautzen will die Veräußerung von einem oder mehreren Teilen der GmbH-Geschäftsanteile der Flugplatz Bautzen Betreibergesellschaft mbH und die Vergabe zum Betrieb des regionalen Verkehrslandeplatzes realisieren.
- Die Europäische Kommission plant im Auftrag der Ukraine und der Russischen Föderation die Bereitstellung von Vor-Ort-Unterstützung für die Betreiber der Kernkraftwerke Rovno (Ukraine) und Belojarsk (Russische Föderation).

Unsere Kanzlei kam bisher zwei Mal in die Nähe der Einleitung eines wettbewerblichen Dialoges für von uns beratene öffentliche Auftraggeber. In einer Vergabe, die wegen der Komplexität des auszuarbeitenden Leistungsinhaltes für einen wettbewerblichen Dialog geradezu prädestiniert erschien, musste das Vergabeverfahren bereits im Jahr 2005 begonnen werden – zu früh für das BVergG 2006. Ein zweites Projekt ist derzeit in Planung, wobei wir gerade intensiv damit befasst sind, die Vor- und Nachteile der Vergabe dieser konkreten Leistungen im wettbewerblichen Dialog gegenüber einer Vergabe im Verhandlungsverfahren abzuwägen. Das Ergebnis steht noch aus.

So komplex und mit Rechtsunsicherheiten behaftet dieses Verfahren zu Beginn seiner praktischen Erprobung erscheint, bleibt es doch beim Befund, dass mit Einführung des wettbewerblichen Dialogs dem Auftraggeber eines hochkomplexen Auftrages – typisch sohin eines PPP-Projektes oder einer komplexen IT-Leistung - ein Vergabeverfahren zur Hand gegeben wird, das grundsätzlich geeignet erscheint, den spezifischen Anforderungen der Vergabe solcher Aufträge besser gerecht zu werden als die bisherigen Vergabeinstrumente.

Die praktischen Vorteile des wettbewerblichen Dialogs gegenüber dem bisherigen Verhandlungsverfahren werden sich meines Erachtens allerdings nur dann realisieren lassen, wenn die Judikatur hinreichend berücksichtigt, dass hier ein Instrument geschaffen werden sollte, welches gerade nicht von der klassischen Vergabesituation ausgeht, in welcher der Auftraggeber vor Beginn der Ausschreibung schon sehr genau weiß, welche Lösung seinen Bedürfnissen und Anforderungen bestmöglich gerecht wird, daher grundsätzlich die zu erbringenden Leistungen so detailliert beschreiben kann, dass er sie in einem offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben kann und nur in Ausnahmefällen nähere Konkretisierungen einer im grundsätzlichen dennoch schon vorab beschriebenen Leistung im Verhandlungsverfahren vornehmen muss, um zu einer für ihn optimalen Lösung zu gelangen.

Die dafür notwendige Flexibilität steht im natürlichen Widerspruch zu sonst unantastbaren Grundsätzen des Vergaberechts wie dem Verbot, nachträglich tiefgreifende Änderungen der ursprünglichen Bedingungen vorzunehmen oder dem Gebot, jeden Bewerber für sich allein, unter nur marginaler Einflussnahme des Auftraggebers, die bestmögliche Lösung entwickeln zu lassen – ohne dass diese Grundsätze gänzlich über Bord geworfen werden.

Geht man vom neuen Grundsatz aus, dass im wettbewerblichen Dialog zunächst in einem geregelten und fairen Zusammenwirken aller Bewerber die für den Auftraggeber bestmögliche Lösung gefunden wird, die anzubieten ist, dann lässt sich meines Erachtens auch bei flexibler Handhabung des wettbewerblichen Dialogs ein fairer und objektiver Wettbewerb der Bieter um das Ergebnis dieses Zusammenwirkens – das ist die in der letzten Phase ausgeschriebene Leistung – sicherstellen.

All dies mit einem ganz wesentlichen Wermutstropfen: Für Sektorenauftraggeber steht der wettbewerbliche Dialog nicht zur Verfügung. Der wettbewerbliche Dialog ist in der RL 2004/17/EG angeblich deshalb nicht vorgesehen, weil Sektorenauftraggeber ohnehin jederzeit das Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb wählen können und eine Sonderregelung für besonders komplexe Aufträge von der Kommission daher als nicht erforderlich erachtet wurde. Dabei wurde jedoch verkannt, dass der wettbewerbliche Dialog gerade deshalb eingeführt wurde, weil das Verhandlungsverfahren für die Vergabe bestimmter Projekte ab einem gewissen Komplexitätsgrad nicht ausreicht.