

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren“

Verfasser

Mag. Gerald Trieb

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	8
I) Das Vergaberecht in Österreich	10
A) Allgemeines	10
B) Die Europäischen Rechtsgrundlagen auf dem Gebiet des Vergaberechts	11
1) Allgemeines	11
2) Primärrecht	12
3) Sekundärrecht	14
C) Die Entwicklung des Vergaberechts in Österreich	16
D) Das Bundesvergabegesetz 2006	19
E) Die Verfahrensgrundsätze	20
1) Das Wettbewerbsprinzip	21
2) Das Gleichbehandlungsgebot	22
3) Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen	23
4) Vergabe zu angemessenen Preisen	24
5) Tatsächliche Absicht zur Auftragsvergabe	24
6) Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien	25
(a) Allgemeines	25
(b) Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte	25
(c) Die Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte	26
F) Die Verfahrensarten	26
1) Allgemeines	26
2) Das offene Verfahren	27
3) Das nicht offene Verfahren	27
4) Das Verhandlungsverfahren	28
5) Die Rahmenvereinbarung	28
6) Das dynamische Beschaffungssystem	28
7) Der wettbewerbliche Dialog	29
8) Die Direktvergabe	29
9) Der Wettbewerb	29

10) Die Wahl und Zulässigkeit von Verfahrensarten	30
G) Der Ablauf von Vergabeverfahren	31
1) Die Bekanntmachung	31
2) Die Ausschreibung	31
3) Das Angebot	34
4) Das Zuschlagsverfahren	35
(a) Die Prüfung der Angebote	35
(b) Die Zuschlagsentscheidung	36
(c) Der Zuschlag	36
5) Die Beendigung des Vergabeverfahrens	36
II) Der wettbewerbliche Dialog	38
A) Die Entstehungsgeschichte des wettbewerblichen Dialogs	38
1) Der Reformbedarf des europäischen Vergaberechts Mitte der 1990er Jahre	38
2) Das Legislativpaket der Europäischen Union	39
(a) Die Zielsetzungen	39
(b) Das Gesetzgebungsverfahren	40
3) Die Entwicklung des wettbewerblichen Dialoges in den einzelnen Etappen des Gesetzgebungsverfahrens zum Legislativpaket	41
(a) Allgemeines	41
(b) Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum öffentlichen Auftragswesen	42
(c) Der Erstvorschlag der VKR der Europäischen Kommission	43
(d) Der geänderte Vorschlag der Europäischen Kommission	44
(e) Die „Gemeinsamen Standpunkte“ des Rates	46
B) Der wettbewerbliche Dialog nach der VKR und im österreichischen Bundesvergabegesetz 2006	48
1) Einleitung	48
2) Die Umsetzung im österreichischen Bundesvergabegesetz 2006	49
3) Erwägungsgrund 31 der VKR	50
4) Kurzdarstellung des Ablaufes eines wettbewerblichen Dialoges	54
C) Definitionen	54
D) Der Anwendungsbereich	56

1) Persönlicher Anwendungsbereich	56
2) Sachlicher Anwendungsbereich	58
(a) Der besonders komplexe Auftrag	59
(b) Die objektive Unmöglichkeit	61
(c) Die subjektive Einschätzung des Auftraggebers	64
(d) Die Regelbeispiele	66
(i) Die technische Komplexität	66
(ii) Die finanzielle bzw. rechtliche Komplexität	67
E) Das Verfahren	68
1) Die anwendbaren Bestimmungen des BVergG 2006	68
2) Die Einleitung des wettbewerblichen Dialoges	69
(a) Die Bekanntmachung	69
(b) Der Teilnehmerwettbewerb	73
(c) Die Beschreibung	75
3) Die Dialogphase	77
(a) Allgemeines	77
(b) Exkurs: Die Projektantenproblematik	77
(c) Der Ablauf der Dialogphase	80
(d) Die Eröffnung der Dialogphase	82
(e) Die Verhandlungen über den Auftragsgegenstand	85
(f) Das Vertraulichkeitsgebot	88
(i) Allgemeines	88
(ii) Die Ausgestaltung des Vertraulichkeitsgebots im wettbewerblichen Dialog	89
(iii) Die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen	91
(iv) Die Zustimmungserklärung als Teilnahmevoraussetzung	92
(v) Das Vertraulichkeitsgebot nach Abschluss der Dialogphase	95
(g) Die Reduktion der Teilnehmer bzw. das Ausscheiden von Lösungsvorschlägen in der Dialogphase	96
(h) Das Gleichbehandlungsgebot	100
(i) Der Abschluss der Dialogphase	101
4) Die Angebotlegung	105
5) Die Verhandlungsmöglichkeit über Angebote	105
6) Die Zuschlagsentscheidung	109

7) Die Zahlung von Prämien	111
F) Wettbewerblicher Dialog und Public-Private-Partnership	113
1) Allgemeines	113
2) Exkurs: Public Private Partnership	115
(a) Definition, Zweck und systematische Einordnung von PPP	115
(b) Die Erscheinungsformen von PPP und deren vergaberechtliche Behandlung	117
(i) Allgemeines	117
(ii) PPP auf Vertragsbasis	118
01 Das Konzessionsmodell	118
02 Das Betreibermodell	120
03 Sonstige PPP-Modelle auf vertraglicher Basis	121
(iii) PPP - Modelle auf organisatorischer Basis	122
3) Die Vergabe von PPP-Projekten im wettbewerblichen Dialog	123
(a) Allgemeines	123
(b) Das Verhandlungsverfahren als Verfahren zur Vergabe von PPP-Projekten	125
(c) Die besondere Komplexität von PPP-Modellen	126
G) Resumé	134
III) Das Verhandlungsverfahren	137
A) Die Entwicklung und die Grundlagen auf europäischer Ebene	137
B) Das Verhandlungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2006	139
1) Die Arten des Verhandlungsverfahrens	139
2) Das Verhandlungsverfahren als Ausnahmeverfahren	140
3) Die Anwendungsmöglichkeiten des Verhandlungsverfahrens	141
(a) Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	141
(b) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung	142
(c) Erläuterung der Ausnahmetatbestände	146
(i) Kein geeignetes Angebot	146
(ii) Änderung von Angebotsbedingungen	147
(iii) Globale Preisgestaltung	148
(iv) Forschung und Entwicklung	148
(v) Technische und künstlerische Besonderheiten	149

(vi) Dringlichkeit	150
(vii) Ausschließlichkeitsrechte	150
(viii) Zusatzaufträge	151
(ix) Gleichartige Aufträge	152
(x) Künstlerische Leistungen	153
4) Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens	154
(a) Das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	154
(i) Die Bekanntmachung	154
(ii) Der Teilnehmerwettbewerb	155
(iii) Die Aufforderung zur Angebotsabgabe	155
(iv) Die Verhandlungen mit den Bietern	157
01 Die Durchführung der Verhandlungen	157
02 Der Umfang der Verhandlungen	158
03 Die Strukturierung der Verhandlungen	159
(v) Der Abschluss des Verhandlungsverfahrens	161
(b) Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung	162
5) Weitere Möglichkeiten der Durchführung von Verhandlungsverfahren	163
IV) Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich	165
A) Allgemeines	165
B) Das Verhältnis des wettbewerblichen Dialoges zum Verhandlungsverfahren	167
1) Allgemeines	167
2) Vorrangstellung des wettbewerblichen Dialoges vor dem Verhandlungsverfahren	168
(a) Systematische Erwägungen	168
(b) Spezialität des wettbewerblichen Dialoges	170
3) Vorliegen eines Aliudverhältnisses	172
4) Gleichrangigkeit von wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren	174
(a) Wahlrecht des Auftraggebers	174
(b) Eingeschränktes Wahlrecht des Auftraggebers	175
C) Leistungsvergleich	178

V)	Zusammenfassung	187
VI)	Das Literaturverzeichnis	191
VII)	Das Judikaturverzeichnis	198
VIII)	Das Dokumentenverzeichnis	200
IX)	Anhang	206
	A) Abstract (Deutsch)	206
	B) Abstract (English)	208
	C) Lebenslauf	210

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist thematisch in einem Teilbereich des Vergaberechts, dem Vergabeverfahrensrecht anzusiedeln. Das Vergaberecht ist nicht zuletzt aufgrund seiner großen wirtschaftlichen Bedeutung stark vom europäischen Gemeinschaftsrecht determiniert. Dies soll den europäischen Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, unter gleichen Bedingungen europaweit an öffentlichen Auftragsvergaben teilzunehmen. Dadurch soll das Vergaberecht einen gewichtigen Beitrag zur Wirtschaftskraft Europas zu leisten.

Das Vergaberecht ist in den letzten Jahren einer großen Reform unterzogen worden, welche Mitte der 1990er Jahre auf europäischer Ebene einsetzte, zum Legislativpaket der Europäischen Union auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens führte und vorläufig auf nationaler Ebene mit der Neufassung des österreichischen Vergaberechts in Form des Bundesvergabegesetzes 2006 ihr Ende gefunden hat.

Eines der großen Ziele dieser Reform stellt die Flexibilisierung der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen dar. Dies gründet auf der Erkenntnis, dass vor allem für komplexe Aufträge die klassischen Verfahrensarten ein zu geringes Maß an Flexibilität aufwiesen. Daher ist ein neues flexibles Verfahren zur Vergabe solcher besonders komplexer Aufträge, der wettbewerbliche Dialog, eingeführt worden. Dieses Verfahren sieht zum Zwecke bestmöglicher Auslotung und Aktivierung des für das Auftragsprojekt auf dem Markt befindlichen Know-hows erstmalig einen engen Kontakt zwischen dem Auftraggeber und den Bietern bereits vor Einreichung der Angebote vor. Im Zuge dieser Kontaktaufnahme kann über sämtliche Facetten des Auftrages verhandelt werden.

Die Darstellung dieses neuen Vergabeverfahrens ist das Hauptthema der vorliegenden Arbeit. Zunächst soll auf den europarechtlichen Werdegang des Verfahrens eingegangen werden, bevor das Vergabeverfahren selbst umfassend beschrieben wird. Dabei werden sowohl die europäischen Vorschriften berücksichtigt, als auch die das Vergabeverfahren in das österreichische Recht umsetzenden Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006. Da der

wettbewerbliche Dialog in den Materialien zu den Vorschriften oft mit Public Private Partnership – Projekten in Verbindung gebracht wird, wird diesem Anwendungsbereich des Verfahrens erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt.

Zumal der wettbewerbliche Dialog zur Vergabe besonders komplexer Aufträge eingeführt wurde, drängt sich ein Vergleich zu dem bislang für die Vergabe solcher Aufträge regelmäßig herangezogenen Verhandlungsverfahren auf. Für dieses ist ebenfalls charakteristisch, dass in einer Phase des Verfahrens Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern erfolgen. Um den abschließenden Vergleich dieser beiden Verfahrensarten durchführen zu können, ist jedoch zuvor auch das Verhandlungsverfahren näher zu beschreiben, wobei vor allem auf die Anwendungsvorschriften und die Verhandlungsmöglichkeiten eingegangen werden soll.

In Bezug auf die in diese Arbeit eingeflossene Literatur ist abschließend folgendes anzumerken: Aufgrund der zum Zeitpunkt der Erstellung der Arbeit kaum vorhandenen österreichischen Literatur zum wettbewerblichen Dialog wurden überwiegend deutsche Fachbeiträge herangezogen. Diese stellen auch für das österreichische Vergaberecht durchaus verwertbare Informationsquellen dar, da sich die Regelungen des deutschen Vergaberechts über den wettbewerblichen Dialog weitgehend mit jenen des Bundesvergabegesetzes 2006 decken. Im Fall von Divergenzen wird in der Arbeit gesondert darauf hingewiesen. Anders verhält es sich beim Verhandlungsverfahren. Dieses ist schon länger im heimischen Rechtsbestand verankert und kann daher auf diesem Gebiet vielfach auf österreichische Literatur zurückgegriffen werden.

I) Das Vergaberecht in Österreich

A) Allgemeines

Zur Besorgung der öffentlichen Aufgaben ist der Staat, also der Bund, die Länder und die Gemeinden sowie auch andere öffentliche Einrichtungen, auf die Hilfe bzw. das Mitwirken Privater angewiesen. Er muss sich zu diesem Zweck Güter und Leistungen besorgen. Diese Besorgung kann Utensilien für die tägliche Verwaltungsführung betreffen, reicht aber bis hin zu Großprojekten der Bauwirtschaft, Gesundheitsgütern oder der Hochtechnologie.¹ Der Staat tritt dabei wie ein Privatmann auf dem Markt auf, indem er mit anbietenden Unternehmen privatrechtliche Verträge abschließt. Diese Art der Güterbeschaffung durch die öffentliche Hand wird öffentliche Auftragsvergabe genannt und durch das Vergaberecht geregelt.

Das Vergaberecht kann in drei große Bereiche gegliedert werden: das Vergabeverfahrensrecht, die Regelungen über die Vergabekontrolleinrichtungen (Rechtsschutz) und zivilrechtliche Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen Auftraggebern und Bietern betreffen. Die Hauptaufgabe des Vergaberechts liegt dabei in einer transparenten und vorhersehbaren Gestaltung des Verfahrens zur öffentlichen Auftragsvergabe und in der Gewährleistung der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, um einen ungehinderten und fairen Wettbewerb unter diesen zu ermöglichen.²

Unter dem Begriff öffentlicher Auftrag wird ein privatrechtlicher Vertrag verstanden, der zwischen einer staatlichen Vergabestelle, dem Auftraggeber, und einem Privaten, dem Auftragnehmer, abgeschlossen wird. Der Auftragnehmer verpflichtet sich in diesem Vertrag zur Erbringung einer bestimmten Leistung, die Gegenstand eines vorangegangenen Vergabeverfahrens ist. Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt daher im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung des öffentlichen Rechtsträgers, somit im nichthoheitlichen Bereich. Die Bestimmungen, die das Vergabeverfahren,

¹ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht, Wien 2005, 1.

² Bachmann in Bachmann (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 321.

also die Auswahl jenes Bieters betreffen, der den Auftrag erhalten soll, gehören hingegen dem öffentlichen Recht an.³

Bevor auf das Hauptthema dieser Arbeit, die Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens, näher eingegangen werden kann, muss zunächst ein Überblick über die maßgeblichen Rechtsgrundlagen und Rechtsvorschriften des Vergaberechts gegeben werden. Dabei wird zunächst auf die europäischen Vorschriften und Rahmenbedingungen eingegangen und danach in einem zweiten Schritt auf die Entwicklung des Vergaberechts in Österreich und dessen heutigem Regelungsstand Bezug genommen.

B) Die Europäischen Rechtsgrundlagen auf dem Gebiet des Vergaberechts

1) Allgemeines

Die Europäische Gemeinschaft hat sich zum Ziel gesetzt, einen so genannten gemeinsamen Markt auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten zu erreichen.⁴ Im Zuge dieser Entwicklung sollte ein Binnenmarkt errichtet werden, um einen fairen grenzüberschreitenden Wettbewerb zu ermöglichen. Wesentlich für das Erreichen dieses Zieles war es, die nationalen Märkte für Unternehmen aus allen Mitgliedstaaten zu öffnen. Dies vor allem auch im Bereich des öffentlichen Auftragswesens.⁵ Das öffentliche Beschaffungswesen, das im EG-Vertrag⁶ (im Folgenden „EG“) nicht explizit als einer der Politikbereiche der Gemeinschaft genannt wird,⁷ muss daher als Teil der Schaffung eines Binnenmarktes innerhalb der Europäischen Gemeinschaft gesehen werden.

Für das öffentliche Beschaffungswesen sind daher die primärrechtlichen Regelungen zur Schaffung des Binnenmarktes, zu welchen nach Art 14 EG das

³ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 323.

⁴ Vgl Art 2 EG (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft).

⁵ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 317.

⁶ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung), ABl C 325/33 vom 24.12.2002.

⁷ In Art 163 Abs 2 EGV wird das „öffentliche Beschaffungswesen“ lediglich in Zusammenhang mit den Zielen der Gemeinschaft in den Bereichen Forschung und technologische Entwicklung genannt.

Diskriminierungsverbot⁸ und die Grundfreiheiten, die Freiheit des Warenverkehrs,⁹ die Freiheit des Personenverkehrs,¹⁰ die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs¹¹ und die Freiheit des Kapitalverkehrs¹² zählen, maßgeblich. Da jedoch die genannten primärrechtlichen Bestimmungen für nicht ausreichend und zu wenig effektiv erachtet wurden, sind zusätzlich so genannte „Koordinierungsrichtlinien“ zwecks Öffnung der Beschaffungsmärkte und Angleichung der nationalen Vergabevorschriften erlassen worden.¹³

2) Primärrecht

Vor Inkrafttreten der ersten Koordinierungsrichtlinien¹⁴ Anfang der 1970er Jahre waren Art 12 EG und die Grundfreiheiten die einzigen Bestimmungen, auf die der EuGH seine Entscheidungen im Bereich des Vergabewesens stützen konnte. Sowohl Art 12 EG, als auch die Grundfreiheiten sind bei grenzüberschreitenden Sachverhalten unmittelbar anwendbar, d.h., dass sie keiner nationalen Umsetzungsmaßnahme bedürfen. Daher sind sie auch heute noch vor allem bei Auftragsvergaben von großer Bedeutung, die nicht in den Anwendungsbereich der Koordinierungsrichtlinien fallen, weil sie die in diesen festgesetzten Schwellenwerte¹⁵ nicht erreichen oder aufgrund anderer Umstände ausgenommen sind.¹⁶

Das Diskriminierungsverbot verbietet im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts schon bei potentiell grenzüberschreitenden Sachverhalten jede Art von Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit.¹⁷ Erfasst sind aber auch Präferenzierungen von nationalen Unternehmen oder Produkten sowie jede mittelbare Diskriminierung. Auch besteht eine Verpflichtung zur Transparenz.¹⁸

⁸ Art 12 EG.

⁹ Art 28 EG.

¹⁰ Art 39 EG.

¹¹ Art 49 EG.

¹² Art 56 EG.

¹³ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Wien 1997, 42.

¹⁴ Zu den Vergabekoordinierungsrichtlinien siehe unten Punkt I)A)3).

¹⁵ Näheres zu den Schwellenwerten siehe unten FN 42.

¹⁶ *Hofmann*, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär- zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006, 6f.

¹⁷ EuGH vom 05.10.2000, Rs C-16/98, *Kommission/Frankreich*. Die Verletzung der Pflicht zur europaweiten Ausschreibung eines Ausschreibungsverfahrens ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. Das Vorliegen eines potentiell grenzüberschreitenden Sachverhalts ist gegeben.

¹⁸ *Korinek in Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 318.

Von den Grundfreiheiten sind insbesondere die Warenverkehrs-, Personenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit von Bedeutung. So wurden vom EuGH bereits in mehreren, das öffentliche Beschaffungswesen betreffende Entscheidungen, Regelungen in Vergabeverfahren als gegen diese Grundsätze verstoßend angesehen.

Gegen Art 28 EG verstößt etwa die Forderung in Ausschreibungsunterlagen, dass Teile der zu erbringenden Leistung mit nationalen technischen Normen übereinstimmen müssen, wobei gleichwertige Teile nicht zugelassen sind¹⁹ und ebenso die Bedingung, dass vorwiegend nationale Baustoffe, Verbrauchsgüter oder Arbeitskräfte bei der Erbringung der Leistung zu verwenden sind.²⁰ Letztere Forderung wurde allerdings konkret natürlich als Verstoß gegen die Personenverkehrsfreizügigkeit qualifiziert. Mit der Warenverkehrsfreiheit ebenso unvereinbar ist die Regelung, dass Betriebe einer bestimmten Region einen gewissen Prozentsatz der öffentlichen Aufträge erhalten sollen.²¹

Schließlich verstoßen beispielsweise auch folgende Regelungen gegen die Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit: die Verpflichtung für Wirtschaftsteilnehmer, eine Niederlassung im Auftragsstaat zu errichten²²; die Bevorzugung von Unternehmen, welche ihren Betriebsschwerpunkt im Auftragsstaat haben.²³

Zudem spielen auch die Wettbewerbsbestimmungen der Art 81 ff EG bei der Beurteilung vergaberechtlicher Sachverhalte eine Rolle. So soll das Kartellverbot des Art 81 EG jede Form von Koordinierung zwischen Wirtschaftsteilnehmern verhindern, die anstelle eines Wettbewerbes eine Zusammenarbeit treten lässt und dadurch keine wettbewerbsgerechten Marktverhältnisse zulässt. Demzufolge gilt auch für das Vergabeverfahren, dass Preisabsprachen und alle Vereinbarungen untersagt sind, die sich auf die Angebotslegung beziehen. Art 82 EG wiederum soll das Ausnutzen von Marktmacht durch Unternehmen verhindern. Auch die Teilnahme von Unternehmen an einem Vergabeverfahren stellt eine wirtschaftliche Tätigkeit dar, in

¹⁹ EuGH vom 22.09.1988, Rs 45/87, *Dundalk*.

²⁰ EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*.

²¹ EuGH vom 20.03.1990, Rs 21/88, *Du Pont de Nemours*.

²² EuGH vom 10.02.1982, Rs 76/81, *SA Transporoute*.

²³ EuGH vom 03.06.1992, Rs C-360/89, *Kommission/Italien*.

deren Rahmen es ihnen möglich ist, eine marktbeherrschende Stellung auszunutzen.²⁴

3) Sekundärrecht

Neben den primärrechtlichen Vorschriften dient eine Reihe von Richtlinien dem Ziel der Vollharmonisierung des europäischen Vergaberechtes. Diese Richtlinien dienen der Sicherung des Wettbewerbes, indem die Pflicht der europaweiten Ausschreibung und Bekanntmachung von öffentlichen Aufträgen festgelegt sowie der Zugang zu einer Vielzahl von Informationen für teilnahmeinteressierte Unternehmen eröffnet und mehr Transparenz erreicht wird.²⁵

Die Adressaten von Richtlinien sind die einzelnen Mitgliedstaaten. Die Richtlinien sind für diese nach Art 249 Abs 3 EG hinsichtlich der Ziele verbindlich. Es wird ihnen jedoch die Form der Umsetzung in das nationale Recht überlassen. Die Richtlinien besitzen somit keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten, sondern erfordern das Erlassen innerstaatlicher Regelungen. Es handelt sich somit bei Richtlinien um Instrumente des Gemeinschaftsrechts, die die Mitgliedstaaten zu einem aktiven Tun verpflichten, während die oben beschriebenen Vorschriften des Primärrechts nur ein passives Verhalten gebieten.²⁶

Die ersten auf europäischer Ebene auf dem Gebiete des Vergaberechtes erlassenen Richtlinien datieren aus den frühen 1970er Jahren. Es handelt sich bei diesen um Liberalisierungsrichtlinien²⁷ für den Liefer- und Baubereich. In der Folge wurden Koordinierungsrichtlinien mit je nach Auftragsart unterschiedlichen sachlichen Anwendungsbereichen eingeführt. Diese hatten das Ziel, allgemeine Rahmenbedingungen zu schaffen, um den Unternehmen auch den Zugang zu

²⁴ Berghammer, Die neue klassische EG – Vergabe-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf das österreichische Vergaberecht, Wien 2005, 6.

²⁵ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 318.

²⁶ Thun-Hohenstein/ Cede/ Hafner, Europarecht⁵, 178 ff.

²⁷ Im Bereich des Gemeinschaftsrechts wurden bereits seit Anfang der 1970er Jahre Richtlinien zur Vereinheitlichung und Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens verabschiedet. (Richtlinie 70/32/EWG der Kommission vom 17. Dezember 1969 über die Lieferung von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden).

Auftragsvergaben in den anderen Mitgliedstaaten zu ermöglichen.²⁸ Diese wurden schließlich im Jahre 1993 völlig neu kodifiziert.²⁹ Auch für die Vergabe von Dienstleistungen wurden nun mittels einer zusätzlichen Richtlinie Regelungen erlassen.³⁰ Da Unternehmen der Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und Telekommunikation zunehmend Privatisierungen unterzogen wurden, hat man für diese Unternehmen eine eigene Richtlinie, die so genannte Sektorenrichtlinie³¹ erlassen und somit ebenfalls dem Vergaberegime unterstellt.³²

Zur Sicherstellung des Rechtsschutzes bei der öffentlichen Auftragsbeschaffung wurden zudem von der Europäischen Kommission zwei Rechtsmittelrichtlinien, eine für den klassischen Bereich der Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge³³ und eine für den Sektorenbereich³⁴ erlassen.

Den vorläufigen Schlusspunkt der Aktivitäten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Vergaberechts stellt das nach jahrelangen Vorarbeiten und Verhandlungen schlussendlich im Jahre 2004 veröffentlichte „Legislativpaket“ dar. Dieses reduziert die Anzahl der Richtlinien auf vorläufig zwei, eine für den

²⁸ Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Richtlinie 71/305/EWG vom 26.07.1971 über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge.

²⁹ Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (Liefer-Richtlinie – LKR, AB I L 199 vom 09.08.1993), Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Bau-Richtlinie – BKR, AB I L 199 vom 08.09.1993).

³⁰ Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungs-Richtlinie – DLR, AB I L 209 vom 24.07.1992).

³¹ Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektoren Richtlinie – SR, AB I L 199 vom 09.08.1993).

³² Unternehmen, welche unter die Sektorenauftraggeber fallen, können jedoch beantragen, von der Ausschreibungspflicht und damit von den Bestimmungen des Vergaberechts ausgenommen zu werden. Diese Entbindung vom Vergaberecht ist dann möglich, wenn das Unternehmen ohnehin einem Wettbewerb ausgesetzt ist, welcher eine Vergabe von Leistungen an den Best- bzw. Billigstbieter für das Unternehmen zwingend erforderlich macht, vgl: „DiePresse“ vom 21.07.2008, 13, „Energie, Vergaberecht gilt nicht mehr für Stromkonzerne.“

³³ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittel-Richtlinie – RMR, AB I L 395 vom 30.12.1989).

³⁴ Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Rechtsmittel-Richtlinie Sektoren – RMRS, AB I L 76 vom 23.03.1992).

klassischen Bereich,³⁵ auch Vergabekoordinierungsrichtlinie bezeichnet (im Folgenden: VKR), und eine für den Sektorenbereich (Sektorenrichtlinie, im Folgenden: SKR).³⁶ An einer Reform der oben angeführten Rechtsmittelrichtlinien wird soeben gearbeitet, bis dato liegt ein Entwurf³⁷ für eine einheitliche Richtlinie für den klassischen Bereich und den Sektorenbereich vor.

C) Die Entwicklung des Vergaberechts in Österreich

Bereits vor ca 100 Jahren wurde gefordert, die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Staat gesetzlich zu regeln. Zu dieser Zeit trat der Staat den Wirtschaftsteilnehmern vermehrt im Zuge des Ausbaues der Infrastruktur als öffentlicher Auftraggeber gegenüber.³⁸ Seit den 1950er Jahren diente die ÖNORM A 2050 der öffentlichen Hand als Leitlinie und gleichzeitig ausschließliche Rechtsgrundlage („Magna Charta des österreichischen Vergabewesens“³⁹) bei der Vergabe von Lieferungen und Leistungen. Zu einer gesetzlichen Regelung in Form eines Bundesvergabegesetzes es ist jedoch trotz zahlreicher Bemühungen⁴⁰ erst im Zuge der Anpassung des österreichischen Rechtsbestandes an das EG-Recht im Jahre 1993 gekommen. Dieses Bundesvergabegesetz 1993⁴¹ trat am 1.1.1994 im Zuge des Beitritts Österreichs zum EWR in Kraft und sah eine Trennung der Vergabeverfahren in solche mit Auftragssummen jenseits europarechtlich vorgegebener Schwellenwerte⁴² (Oberschwellenbereich) und solche unter diesen

³⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl L 134 vom 30.04.2004).

³⁶ Richtlinie 2004/17/EG des Europäische Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl L 134 vom 30.04.2004).

³⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM (2006) 195 endg.

³⁸ *Korinek in Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 315.

³⁹ *Huber*, Die unendliche Geschichte in: *Fruhmant/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg), Bundesvergabegesetz, Wien 1999, 13.

⁴⁰ Näheres dazu: *Korinek/Rill* (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts, Wien 1985

⁴¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz – BVergG), BGBl 1993/462.

⁴² Die Schwellenwerte sind für den klassischen Bereich in den Art 7, 8, 56 und 67 VKR festgeschrieben und werden von der Kommission gemäß Art 78 VKR in zweijährlichen Abständen per VO neu festgesetzt. Die aktuell gültige VO ist die VO 1422/2007 (Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren).

Werten (Unterschwellenbereich) vor. Für letztere war weiterhin die ÖNORM A 2050 maßgeblich.⁴³

Daran ist schon zu erkennen, dass bereits mit dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Jahre 1994 das Vergaberecht eng mit europäischen Vorgaben verbunden ist, bzw durch diese wie nur wenige andere Rechtsgebiete determiniert ist.⁴⁴

Seit 1993 hat das österreichische Bundesvergaberecht eine rasante Entwicklung durchgemacht. Um das Bundesvergabegesetz 1993 vollständig an die zum damaligen Zeitpunkt gültigen EG-Vergaberichtlinien anzupassen, war nämlich bereits 1996 eine umfangreiche Novelle⁴⁵ erforderlich und wurde schließlich im Wege einer Wiederverlautbarung des Bundesvergabegesetzes 1993 das Bundesvergabegesetz 1997⁴⁶ geschaffen. Auch in den folgenden Jahren waren Novellierungen des Bundesvergabegesetzes aus verschiedenen Gründen erforderlich. So musste das Vergaberecht an das General Procurement Agreement (GPA),⁴⁷ zu welchem die Europäische Union im Jahre 1996 beigetreten war, angepasst werden und musste auch einem Urteil des EuGH⁴⁸ Rechnung getragen werden, welches eine Trennung von Zuschlagsentscheidung und Zuschlag forderte, um unterlegenen Bietern eine Einspruchsmöglichkeit vor dem endgültigen Zuschlag zu ermöglichen.⁴⁹

Da der VfGH in mehreren Erkenntnissen⁵⁰ die oben beschriebene Trennung des Verfahrens zur öffentlichen Auftragsvergabe in einen Unter- und einen Oberschwellenbereich wegen der damit in Verbindung stehenden Unterschiede in der Effizienz des Rechtsschutzes als Verstoß gegen den Gleichheitssatz⁵¹ als verfassungswidrig qualifizierte, kam es 2002 zu einer Neukodifizierung des

⁴³ *Bachmann in Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 321.

⁴⁴ Zu den europäischen Rechtsgrundlagen siehe oben Punkt I)B).

⁴⁵ Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz und das Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 geändert werden, BGBl I 1996/776.

⁴⁶ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997 – BVergG 1997)), BGBl I 1997/56.

⁴⁷ WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.04.1994, ABl 1994 L 336/273 [deutsche Version: ABl 1996 C 265/2].

⁴⁸ EuGH vom 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel*.

⁴⁹ *Schiefer in: Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht², Wien 2005, 27.

⁵⁰ Vgl zB Vgl VfSlg 16.027/2000, VfSlg 16.073/2001, VfSlg 16.315/2001 und VfSlg 16.445/2002.

⁵¹ Vgl Art 2 Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 142/1867 idF BGBl 684/1988: „Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich“.

Vergaberechts durch das Bundesvergabegesetz 2002.⁵² Dieses hatte nun im Gegensatz zu den früheren Bundesvergabegesetzen nicht nur für Auftragsvergaben des Bundes, sondern auch für die der Länder und Gemeinden Geltung.⁵³ Die Grundlage für dieses nun einheitliche materielle Vergaberecht wurde durch eine gleichzeitige Änderung der österreichischen Bundesverfassung erreicht. Es wurde in die Kompetenzartikel der Bundesverfassung der neue Art 14b B-VG eingefügt, der die Gesetzgebung im Bereich der öffentlichen Auftragsbeschaffung zur Bundessache erklärt, wobei den Ländern jedoch Kompetenzen bei der Vollziehung und bei der Regelung des Rechtsschutzes belassen werden. Die Normierung von Vorschriften, die den Bereich der Vollziehung des Rechtsschutzes betreffen, verbleibt daher den Ländern.⁵⁴ Durch diese weitgehende Kompetenzübertragung von den Ländern auf den Bund kam es vor allem zu einer Verdünnung der Vergabevorschriften. Seit dem Bundesvergabegesetz 2006 (im Folgenden: BVergG 2006)⁵⁵ sind nur noch dieses und die neun Landesvergaberechtsschutzgesetze⁵⁶ maßgeblich, während die früher gültigen zusätzlichen neun Landesvergabegesetze abgeschafft sind.⁵⁷

Bedingt durch das Legislativpaket⁵⁸ der Europäischen Union zum öffentlichen Auftragswesen, welches am 31.03.2004 erlassen wurde und die Modernisierung, Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabevorschriften in Europa bezweckte, musste das österreichische Vergaberecht erneut einer Reform unterzogen werden.⁵⁹ Resultat dieser Reform ist das aktuell gültige BVergG 2006 das zwischenzeitlich durch ein Vergaberechtsänderungsgesetz⁶⁰ Modifikationen erhalten hat. Das BVergG 2006 soll nun im Folgenden zunächst in seinen Grundzügen unter besonderer

⁵² Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG 2002) BGBl I 2002/99.

⁵³ *Bachmann in Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 321.

⁵⁴ *Steiner/Windisch*, Einführung in das Vergaberecht, Wien 2004, 17.

⁵⁵ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 2006/17.

⁵⁶ Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG (LGBI Nr 66/2006)Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz – K-VergRG (LGBI 2003/17)NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (LGBI 20/2003 idF 122/2006)Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (LGBI Nr 130/2006)Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007 (LGBI Nr 28/2007)Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG (LGBI Nr 154/2006)Tiroler Vergabenaachprüfungsgesetz 2006 (LGBI Nr 70/2006)Vorarlberger Vergabenaachprüfungsgesetz (LGBI Nr 1/2003, 53/2006)Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (LGBI Nr 65/2006)

⁵⁷ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, Innsbruck 2006, 18.

⁵⁸ Näheres zum Legislativpaket siehe unten Punkt II)A)2)

⁵⁹ *Hofmann*, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär- zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006, 31.

⁶⁰ Änderung des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006, BGBl I 2007/86.

Beachtung der bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Anwendung gelangenden Verfahrensarten dargestellt werden.

D) Das Bundesvergabegesetz 2006

Das BVergG 2006 regelt die Verfahren zur Vergabe der öffentlichen Aufträge, den Rechtsschutz in diesen Verfahren und enthält auch zivilrechtliche Bestimmungen betreffend das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer. Im Vergleich zur Vorgängerfassung, dem Bundesvergabegesetz 2002, umfasst es eine beträchtlich höhere Anzahl an Paragraphen, deren Zahl im Zuge der Reform von 192 auf 351 gestiegen ist. Diese Erhöhung der Bestimmungen bewirkt aber nicht – wie es den Anschein erwecken könnte – eine größere Regelungsdichte, sondern ist darin begründet, dass im Interesse einer besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit des Gesetzeswerkes die Verweisketten, auf welche in der Vorgängerfassung zurückgegriffen wurde, beseitigt wurden. Die Vergabeverfahren für den klassischen Bereich und jene für den Sektorenbereich wurden somit im BVergG 2006 jeweils in einem eigenen Teil abgeschlossen geregelt.⁶¹

Der Geltungsbereich des BVergG 2006 bezieht sich somit im klassischen Bereich im Wesentlichen auf die entgeltliche Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber an private Unternehmen.⁶² Darüber hinaus erstreckt sich der Geltungsbereich auch auf die so genannten Sektorenauftraggeber.

Öffentliche Auftraggeber nach dem BVergG 2006 sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände.⁶³ Auch Einrichtungen, denen die Erledigung öffentlicher Aufgaben nicht gewerblicher Art obliegt und die von der öffentlichen Hand kontrolliert werden, werden von den Bestimmungen des BVergG 2006 erfasst.⁶⁴ Bei den Sektorenauftraggebern handelt es sich um öffentliche Auftraggeber oder Unternehmen bzw um private Unternehmen, welche eine der im BVergG 2006

⁶¹ Freise, Das österreichische Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 – Neue Anregungen für die Weiterentwicklung des deutschen Vergaberechts, NZBau 2007, 343.

⁶² § 1 Abs 1 Z 1 BVergG 2006.

⁶³ § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006.

⁶⁴ § 3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

taxativ aufgezählten Sektorentätigkeiten ausüben.⁶⁵ Die Regelungen für die Sektorenauftraggeber finden sich im 3. Teil des BVergG 2006 und stellen an diese Auftraggeber im Allgemeinen geringere Anforderungen bei der Auftragsvergabe als den Auftraggebern der klassischen Bereiche.⁶⁶

Das BVergG 2006 kommt bei sämtlichen Leistungsvergaben von Auftraggebern unabhängig vom Auftragswert zur Anwendung. Somit ist den bereits zuvor zitierten Erkenntnissen des VfGH⁶⁷ Rechnung getragen und somit gewährleistet, dass jede Auftragsvergabe der öffentlichen Hand grundsätzlich demselben Verfahren und Rechtsschutzregime unterworfen ist.⁶⁸

Auftragsvergaben in bestimmten taxativ geregelten Bereichen sind jedoch vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Zu diesen zählen beispielsweise Interessen der Staatssicherheit oder die Landesverteidigung sowie In-house-Vergaben.⁶⁹

E) Die Verfahrensgrundsätze:

§ 19 Abs 1 BVergG 2006 legt fest: *„Vergabeverfahren sind nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen“.*

Nach § 19 Abs 1 BVergG sind also öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen an bestimmte, gesetzlich geregelte Verfahrenstypen gebunden (numerus clausus der Vergabeverfahren), welchen bestimmte Verfahrensgrundsätze

⁶⁵ Die §§ 167 ff BVergG 2006 zählen Tätigkeiten in den Bereichen Gas, Wärme und Elektrizität, Wasser, Verkehrsleistungen und Postdienste zu den Sektorentätigkeiten.

⁶⁶ Hofmann, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär- zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006, 32f.

⁶⁷ Vgl. oben FN 50.

⁶⁸ Hofmann, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär- zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006, 35.

⁶⁹ Siehe die Aufzählung in § 10 BVergG 2006.

gemeinsam sind. Während auf die Bedeutung der Grundfreiheiten und des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots bereits unter Punkt I)A)2) eingegangen wurde, sollen die übrigen Verfahrensgrundsätze des § 19 Abs 1 BVergG 2006 an dieser Stelle kurz behandelt werden. Ergänzt werden diese Grundsätze in § 19 Abs 4 BVergG 2006, welcher besagt, dass Vergabeverfahren und Realisierungswettbewerbe⁷⁰ nur dann durchgeführt werden dürfen, wenn auch tatsächlich beim Auftraggeber die Absicht besteht, diese zu vergeben. Das BVergG 2006 statuiert somit zunächst folgende Grundsätze:⁷¹

- Das Wettbewerbsprinzip
- Das Gleichbehandlungsgebot
- Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen
- Vergabe zu angemessenen Preisen
- Tatsächliche Absicht zur Auftragsvergabe
- Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte

Diese Grundsätze bilden einen unmittelbaren Prüfmaßstab für Vergabeverfahren, ein Verstoß gegen sie führt zu Nichtigkeit und Schadenersatzansprüchen.⁷²

Das BVergG 2006 legt zudem fest, dass die Vergabe auch unter Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte erfolgen kann.⁷³ Diese und die ökologischen Aspekte werden als „vergabefremde“⁷⁴ Kriterien bezeichnet.

1) Das Wettbewerbsprinzip

Das Wettbewerbsprinzip gebietet einen freien, fairen und lauteren Wettbewerb in einem Vergabeverfahren. Unter „freiem“ Wettbewerb wird ein Wettbewerb verstanden, der frei von Zugangs- und Ausübungsbeschränkungen ist. Die Statuierung eines „fairen und lauteren“ Wettbewerbs soll verhindern, dass die ausschreibende Stelle ihre faktische Machtüberlegenheit gegenüber den bietenden Unternehmen ausspielt. Daher hat sich diese auf sachliche Forderungen, die den

⁷⁰ Zu Realisierungswettbewerben siehe: § 26 Abs 3 BVergG 20006 bzw unter Punkt I)F)9).

⁷¹ *Korinek in Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 329.

⁷² Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002, 108.

⁷³ Vgl § 19 Abs 6 BVergG 2006.

⁷⁴ Gölls, Umwelt- und sozialfreundliche Tendenzen bei der öffentlichen Beschaffung, RPA 2002, 76.

Auftragsgegenstand betreffen zu beschränken. Dadurch soll eine Dominanz von wettbewerbsfremden Zielen und Motiven bei der Ausschreibung verhindert werden.⁷⁵ Die Vergabestelle hat vielmehr die Leistung neutral auszuschreiben, ohne dabei einen in Frage kommenden Bieter von Anfang zu begünstigen.⁷⁶

Das Wettbewerbsprinzip umfasst auch die Verpflichtung der ausschreibenden Stelle, ein den Wettbewerb verzerrendes Verhalten der Bieter zu unterbinden. Daher haben Bieterabsprachen oder das Ausnützen einer marktbeherrschenden Stellung zum Ausscheiden von Angeboten zu führen.⁷⁷

Eine Konkretisierung des fairen und lauten Wettbewerbs erfolgt auch dadurch, dass es Unternehmen, die an der Konzeptionierung und Ausfertigung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt haben (so genannte Projektanten), grundsätzlich untersagt ist, am nachfolgenden Vergabeverfahren teilzunehmen. Dies allerdings nur dann, wenn anzunehmen ist, dass sie durch die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen einen ungebührlichen Vorteil erhalten haben könnten.⁷⁸

2) Das Gleichbehandlungsgebot

Der vergaberechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung ist die Weiterentwicklung des Diskriminierungsverbots.⁷⁹ Er wurde als solcher mehrfach sowohl vom EuGH als auch von den innerstaatlichen Höchstgerichten als ein von den Auftraggebern zu beachtender Vergabegrundsatz judiziert.⁸⁰ Er findet seine Ausgestaltung beispielsweise in den Verboten, Leistungen so zu beschreiben, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen, und Leistungen bestimmter Herstellung, Herkunft oder Marken ohne den Zusatz "oder gleichwertig" zu fordern.

Doch auch das bereits erwähnte General Procurement Agreement, dem die Europäische Union 1994 beigetreten ist, verbietet eine Diskriminierung von

⁷⁵ Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002, 108.

⁷⁶ Vgl § 96 BVergG 2006.

⁷⁷ Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002, 108.

⁷⁸ Vgl. EuGH vom 03.03.2005, Rs C-21/03 und Rs C-34/03, *Fabricom*; Zur Projektantenproblematik siehe unten Punkt II)E)3)b).

⁷⁹ Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002, 108.

⁸⁰ Vgl zB OGH 22.11.1994, 4 Ob 573/94; EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*.

Bewerbern und Bieter aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie aufgrund der Herkunft von Waren bei einer Auftragsvergabe.

§ 19 Abs 2 BVergG 2006 schränkt die Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes lediglich unter Hinweis auf etwaige völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlungen von Bewerbern und Bieter ein.⁸¹

Das Gleichbehandlungsgebot kommt in vielen Bestimmungen des BVergG 2006 zum Ausdruck. So darf etwa nach § 2 Z 20 BVergG 2006 die Festlegung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber eines Vergabeverfahrens nicht diskriminierend sein. Auch bestehen stets umfassende Informationspflichten seitens der Vergabestelle gegenüber sämtlichen Bewerbern und Bieter am Verfahren, die den Zweck verfolgen, den gleichen Informationsstand zu gewährleisten.⁸² In den Verhandlungen, die mit den Bieter geführt werden, sind an diese die gleichen inhaltlichen Vorgaben und Anforderungen zu richten. Von diesen Rahmenbedingungen kann nicht im Zuge der Verhandlungen gegenüber nur einem Bieter abgegangen werden.⁸³

3) Vergabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen

Ein Auftraggeber darf einen ausgeschriebenen Auftrag nur an ein für die Ausführung dieses Auftrages geeignetes Unternehmen vergeben. Die Eignung wird unter den Gesichtspunkten der Befugnis, der Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit geprüft.⁸⁴

Unter der Befugnis eines an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmens ist zu verstehen, dass die zur Erbringung des Auftrages erforderlichen gewerbe- und urheberrechtlichen Berechtigungen nachgewiesen werden können. Leistungsfähig ist das Unternehmen dann, wenn es nach wirtschaftlichen und finanziellen sowie technischen Gesichtspunkten zur Auftragserfüllung im Stande ist. Die Zuverlässigkeit wird anhand mehrerer, von der Vergabestelle festzulegender Kriterien gemessen.

⁸¹ Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002, 108.

⁸² Bachmann in Bachmann (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 326.

⁸³ Kramer, Gleichbehandlung im Verhandlungsverfahren nach VOL/A, NZBau 2005, 138, 139.

⁸⁴ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 329.

Diese kann das beteiligte Unternehmen zB auffordern, zu belegen, dass es in keinem Konkurs- oder Ausgleichsverfahren verfangen ist bzw. sich nicht in Liquidation befindet oder aber, dass sämtliche öffentliche Abgaben termingerecht bezahlt wurden.⁸⁵

4) Vergabe zu angemessenen Preisen

In Verbindung mit dem Wettbewerbsprinzip folgt aus dem Grundsatz der Preisangemessenheit, dass so genannte „Marktpreise“ als Orientierung bei öffentlichen Aufträgen dienen.⁸⁶ Der Grundsatz, dass die Gegenleistung im angemessenen Verhältnis zur Leistung zu stehen hat, begründet daher für den Auftraggeber umfassende Prüfpflichten hinsichtlich des Preises. Bei der Prüfung ist insbesondere auf vergleichbare Erfahrungswerte abzustellen bzw sind vorliegende Unterlagen und die jeweils relevanten Marktverhältnisse heranzuziehen.⁸⁷ Angebote, die betriebswirtschaftlich nicht erklärbar sind, sei es, dass sie ungewöhnlich niedrig sind oder es unmöglich ist, die Zusammensetzung des Preises nachzuvollziehen, sind daher auszuschneiden.⁸⁸

5) Tatsächliche Absicht zur Auftragsvergabe

Das Gebot des Vorliegens einer tatsächlichen Vergabeabsicht beim Auftraggeber soll primär verhindern, dass eine Ausschreibung ausschließlich zum Zweck der Erkundung der Marktlage bzw des Preisniveaus durchgeführt wird. Vom Auftraggeber wird jedoch nicht nur der subjektive Vergabewille gefordert, er hat ebenso objektiv zu überprüfen, ob er die personellen und budgetären Erfordernisse des Vergabevorhabens wird erfüllen können.⁸⁹

⁸⁵ *Bachmann in Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 326.

⁸⁶ Gölls, Preisangemessenheit bei öffentlichen Aufträgen, wbl 2000, 398.

⁸⁷ § 125 Abs 1 BVergG 2006

⁸⁸ *Bachmann in Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 326.

⁸⁹ *Holoubek/Fuchs/Weinhandl*, Vergaberecht, Wien 2005, 84.

6) Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien

(a) Allgemeines

Lange Zeit war die Meinung vorherrschend, dass im Vergaberecht für „vergabefremde Kriterien“ kein Raum sei, die einzelnen Angebote vielmehr nur nach technischen oder wirtschaftlichen Gesichtspunkten bewertet werden sollen.⁹⁰ In der Tat dienen vergabefremde Zwecke eher der Verwirklichung politischer Zielsetzungen, als dem Ziel unmittelbaren finanziellen oder wirtschaftlichen Vorteiles für den Auftraggeber. Doch hat sich durch die wohl auf Basis der zunehmenden Bedeutung von Umwelt- und Sozialfragen entwickelte Judikatur des EuGH⁹¹ allgemein durchgesetzt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch solche vergabefremden Kriterien berücksichtigt werden können.⁹² Im BVergG 2006 findet die Berücksichtigung dieser Aspekte auch ihren Niederschlag.

(b) Die Berücksichtigung ökologischer Aspekte

Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Ökologische Aspekte sind daher im besonderen bei der Beschreibung der Leistung⁹³ (Festlegung von Umweltstandards), der Festlegung technischer Spezifikationen⁹⁴ (kein Gebrauch bestimmter, umweltschädlicher Substanzen, Gebot umweltfreundlicher Produktionsweisen) als auch bei der Festlegung von Zuschlagskriterien⁹⁵ (Energieverbrauch eines Produktes, Entsorgungskosten) bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu berücksichtigen.⁹⁶

⁹⁰ So grundsätzlich auch die Europäische Kommission: Interpretierende Mitteilung der Europäischen Kommission vom 04.07.2001, „über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ KOM (2001) 274 endg, 4.

⁹¹ EuGH vom 04.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, EuGH vom 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus*.

⁹² Zum ersten müssen die berücksichtigten, vergabefremden Kriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, zum zweiten dürfen diese Kriterien dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit liefern und drittens müssen das Diskriminierungsverbot sowie die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachtet werden, vgl dazu: *Pachner*, Umweltkriterien als zulässige Zuschlagskriterien, ZVB 2002, 106.

⁹³ 1171 BlgNR XXII GP 39.

⁹⁴ § 98 BVergG 2006.

⁹⁵ Zur Definition von Zuschlagskriterien vgl § 1 Z 20 lit d BVergG 2006.

⁹⁶ *Fruhmman*, Berücksichtigung von Umweltbelangen, ZVB 2001, 26.

(c) Die Berücksichtigung sozialpolitischer Aspekte

Neben umweltpolitischen Gesichtspunkten kann sich die Vergabe von Leistungen auch an sozialpolitischen Kriterien orientieren. In einem Vergabeverfahren kann dadurch z.B. auf die Beschäftigung von Frauen, Langzeitarbeitslosen, älteren Arbeitnehmern oder Behinderten Bedacht genommen werden.⁹⁷ Zudem rechtfertigen Verstöße gegen soziale Vorschriften einen Ausschluss vom Vergabeverfahren. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei Zuschlagskriterien zu einem wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber führen muss.⁹⁸ Diese in § 19 Abs 6 BVergG 2006 als sekundäre Ziele formulierten Zielsetzungen sind unter Berücksichtigung der vorangegangenen Grundsätze zu sehen. Insbesondere ist auf die in § 19 Abs 1 BVergG 2006 normierte Wahrung des freien, fairen und lauten Wettbewerbes bei Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber Rücksicht zu nehmen.

F) Die Verfahrensarten

1) Allgemeines

Für die Vergabe öffentlicher Aufträge werden den Auftraggebern verschiedene Verfahrenstypen zur Verfügung gestellt, deren Anwendbarkeit von Auftragsstypus und Auftragsvolumen abhängig ist. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Spielraum für den Auftraggeber mit steigendem Auftragsvolumen enger wird,⁹⁹ im Unterschwellenbereich daher auch ein erleichterter Zugang zu einfachen Vergabeverfahren besteht.¹⁰⁰ Bevor ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrages eingeleitet wird, muss sich somit die Vergabestelle für einen bestimmten Verfahrenstypus entscheiden, der für die intendierte Auftragsvergabe als am meisten geeignet erscheint und auch zulässig ist. Dem Auftraggeber stehen dabei gemäß § 25 BVergG 2006 grundsätzlich folgende Verfahrenstypen zur Auswahl:

⁹⁷ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 331.

⁹⁸ Fruhmann, Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergabewesen, ZVB 2002, 10.

⁹⁹ Bachmann in Bachmann (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 327.

¹⁰⁰ Aicher, Arten und Wahl der Vergabeverfahren, in: Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP III, Wien 2006, 10.

- Das offene Verfahren
- Das nicht offene Verfahren
- Das Verhandlungsverfahren
- Die Rahmenvereinbarung
- Das dynamische Beschaffungssystem
- Der wettbewerbliche Dialog
- Die Direktvergabe

Im Folgenden sollen diese Verfahren kurz beschrieben werden.

2) Das offene Verfahren

Bei einem offenen Verfahren fordert die vergebende Stelle mittels einer Ausschreibung eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen direkt zur Angebotslegung auf.¹⁰¹

3) Das nicht offene Verfahren

Beim nicht offenen Verfahren muss zwischen einem nicht offenen Verfahren mit und einem ohne vorheriger Bekanntmachung unterschieden werden. Wird von der Vergabestelle das nichtoffene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt, fordert sie zunächst eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Teilnahme am Verfahren auf. Aus dem Kreis der Teilnahmekandidaten kann die Vergabestelle sodann einzelne Unternehmen wählen, welche zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.¹⁰² Es handelt sich daher um ein zweistufiges Verfahren.

Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren eingeladen. Das Verfahren kommt nur im Unterschwellenbereich bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen zur Anwendung und hat zur Voraussetzung, dass dem Auftraggeber eine ausreichende Anzahl an geeigneten Unternehmen bekannt ist, um einen freien und lauten Wettbewerb sicherstellen zu können.¹⁰³

¹⁰¹ § 25 Abs 2 BVergG 2006.

¹⁰² § 25 Abs 3 BVergG 2006.

¹⁰³ § 25 Abs 4 BVergG 2006, § 37 BVergG 2006.

4) Das Verhandlungsverfahren

Auch beim Verhandlungsverfahren wird zwischen einem Verfahren mit und einem Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung unterschieden. Das Verhandlungsverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass nach Anbotlegung durch die am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen über den Auftragsinhalt Verhandlungen geführt werden können.¹⁰⁴ Gemäß der Themenstellung dieser Arbeit wird das Verhandlungsverfahren später unter Punkt III) eingehend beschrieben.

5) Die Rahmenvereinbarung

Die Rahmenvereinbarung wird als eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen definiert. Der Zweck dieser Vereinbarung liegt darin, die Bedingungen vor allem hinsichtlich Menge und Preis für eine spätere Auftragserteilung festzulegen.¹⁰⁵ Die Rahmenvereinbarung selbst ist daher kein öffentlicher Auftrag, sondern schafft lediglich die Basis für die spätere Vergabe von Einzelaufträgen.¹⁰⁶

6) Das dynamische Beschaffungssystem

Unter einem dynamischen Beschaffungssystem wird ein vollelektronisches Beschaffungsverfahren für marktübliche Leistungen verstanden. Das dynamische Beschaffungssystem ist als dreistufiges Verfahren eingerichtet.

- Die erste Phase besteht in der öffentlichen Aufforderung an Unternehmen zur Angebotsabgabe.
- Teilnahmewillige Unternehmen geben dann unverbindliche Erklärungen zur Leistungserbringung ab und werden als Teilnehmer am dynamischen Beschaffungssystem aufgenommen.
- Nachdem nach einer gesonderten Aufforderung Angebote gestellt wurden, erfolgt die Auftragsvergabe.

¹⁰⁴ § 25 Abs 5f BVergG 2006.

¹⁰⁵ § 25 Abs 7 BVergG.

¹⁰⁶ Aicher, Arten und Wahl der Vergabeverfahren, in: *Schramm/Aicher* (Hrsg), *Vergaberecht und PPP III*, Wien 2006, 21.

Kennzeichnend für das dynamische Beschaffungssystem ist es, dass ein Unternehmen während der gesamten Dauer dieses Verfahrens einen Teilnahmeantrag stellen kann.¹⁰⁷

7) Der wettbewerbliche Dialog

Beim wettbewerblichen Dialog kommt es zwischen dem Auftraggeber und von diesem ausgewählten, geeigneten Wirtschaftsteilnehmern zu Verhandlungen über den Auftrag. Dabei sollen auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmte, adäquate Lösungen ermittelt werden. Diese bilden in der Folge die Basis für die Aufforderung zur Angebotsabgabe. Auf diese Weise soll dem Vergabeverfahren bestmögliche Flexibilität für besonders komplexe Vorhaben verliehen werden.¹⁰⁸

Die Darstellung sämtlicher Aspekte des neuen und eigenständigen¹⁰⁹ Verfahrenstypus wettbewerblicher Dialog bildet die Hauptthematik dieser Arbeit und wird unter Punkt II) eingehend dargestellt.

8) Die Direktvergabe

Bei der nur im Unterschwellenbereich zulässigen Direktvergabe wird ein Unternehmen ohne förmliches Verfahren ausgewählt, von welchem die Leistung entgeltlich bezogen wird.¹¹⁰

9) Der Wettbewerb

Neben diesen Verfahrenstypen werden im BVergG 2006 auch Wettbewerbe geregelt. Das BVergG 2006 kennt zwei Arten von Wettbewerben: Ideen- und Realisierungswettbewerbe.¹¹¹ Unter Ideenwettbewerben sind Auslobungsverfahren zu verstehen, welche darauf abzielen, dem Auftraggeber zu einem Plan bzw. einer

¹⁰⁷ 1171 BlgNR XXII GP, 44; Aicher, Arten und Wahl der Vergabeverfahren, in: Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP III, Wien 2006, 20.

¹⁰⁸ § 25 Abs 9 BVergG.

¹⁰⁹ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216.

¹¹⁰ § 25 Abs 10 BVergG 2006.

¹¹¹ Aicher, Arten und Wahl der Vergabeverfahren, in: Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP III, Wien 2006, 10.

Planung zu verhelfen.¹¹² Realisierungswettbewerbe werden als Auslobungsverfahren mit anschließendem Verhandlungsverfahren zur Vergabe einer Dienstleistung definiert.¹¹³ Wettbewerbe können einerseits im Wege eines offenen Wettbewerbs, also mit unbeschränkter Teilnehmerzahl, bzw andererseits als nicht offener Wettbewerb oder als geladener Wettbewerb, also mit beschränkter Teilnehmerzahl, abgehalten werden.¹¹⁴

10) Die Wahl und Zulässigkeit von Verfahrensarten

Zwischen dem Typus des offenem und des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung besteht sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich für die Vergabestelle das freie Wahlrecht.¹¹⁵ Hingegen sind das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wie auch die Direktvergabe nur im Unterschwellenbereich zulässig.

Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist im Ober- wie im Unterschwellenbereich nur in wenigen begrenzten, in den §§ 28 bis 30 BVergG 2006 je nach Auftragsart taxativ aufgezählten Anwendungsfällen zulässig. Für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung hingegen gilt, dass es im Unterschwellenbereich unbegrenzt zur Anwendung kommen darf. Diese weiträumige Anwendungsmöglichkeit dieser Art des Verhandlungsverfahrens wurde mit dem BVergG 2006 neu eingeführt und führt zu einem beträchtlichen Zuwachs an Verfahrensflexibilität für den öffentlichen Auftraggeber.¹¹⁶ Im Oberschwellenbereich ist sein Anwendungsbereich jedoch ebenfalls auch auf taxativ aufgezählte Fälle von Auftragsvergaben begrenzt.¹¹⁷

Unter Anwendung einer Rahmenvereinbarung lassen sich Aufträge im Ober- wie im Unterschwellenbereich vergeben, sofern die Rahmenvereinbarung in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung sowie einem

¹¹² § 26 Abs 2 BVergG 2006.

¹¹³ § 26 Abs 3 BVergG 2006.

¹¹⁴ § 26 Abs 4 BVergG 2006; *Hofmann*, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006, 39.

¹¹⁵ § 27 BVergG.

¹¹⁶ *Aicher*, Arten und Wahl der Vergabeverfahren, in: *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP III, Wien 2006, 11.

¹¹⁷ §§ 28 ff BVergG 2006.

zulässigen Verhandlungsverfahren vergeben wurde.¹¹⁸ Für dynamische Beschaffungssysteme gilt schließlich, dass sie nur nach Durchführung eines offenen Verfahrens eingerichtet werden dürfen.¹¹⁹

G) Der Ablauf von Vergabeverfahren

1) Die Bekanntmachung

Aus Transparenzgründen hat der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen eine Reihe von Bekanntmachungspflichten zu beachten. Diese variieren in der Intensität je nach Auftragswert.¹²⁰ So ist eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich mittels Veröffentlichung über die elektronische Datenbank „Tender Electronics Daily“¹²¹ europaweit bekannt zu geben. Damit soll erreicht werden, dass alle Unternehmen auf dem Gebiet der Europäischen Union die Möglichkeit erhalten, sich an dem Verfahren zur Auftragsvergabe zu beteiligen und somit ein größtmöglicher Wettbewerb zu erzielen ist. Darüber hinaus ist die beabsichtigte Auftragsvergabe auch in einem nationalen Publikationsmedium vorgeschrieben.¹²² Für den Unterschwellenbereich besteht die europaweite Bekanntmachungspflicht jedoch nicht.¹²³

2) Die Ausschreibung

Die Ausschreibung ist eine Erklärung einer Vergabestelle, die an eine bestimmte oder eine unbestimmte Anzahl von Unternehmen gerichtet ist und festlegt, welche Leistungen zu welchen Bedingungen erworben werden sollen. Dabei kann es sich um eine Aufforderung zur Teilnahme, eine Einladung zur Angebotlegung oder einen Aufruf zum Wettbewerb handeln.¹²⁴ Bei der Gestaltung der Ausschreibung sind

¹¹⁸ § 32 BVergG 2006.

¹¹⁹ § 33 BVergG 2006, § 156 BVergG 2006.

¹²⁰ Vgl dazu die §§ 46 ff BVergG 2006.

¹²¹ Abrufbar unter: <http://ted.publications.eu.int>. Unterbleibt die Bekanntmachung einer oberhalb des Schwellenwertes beabsichtigten Vergabe, die im offenen, nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wird, droht ein von der Europäischen Kommission angestregtes Vertragsverletzungsverfahren samt Verurteilung durch den EuGH.

¹²² Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 - Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl II Nr 300/2006.

¹²³ Hofmann, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006, 41.

¹²⁴ Vgl die Definition des § 2 Z 10 BVergG 2006.

neben den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechtes auch spezifische Grundsätze für die Ausschreibungsunterlagen maßgeblich. Diese haben den Zweck, eine Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen.¹²⁵

Das Hauptaugenmerk einer Ausschreibung hat der Beschreibung der Leistung zu gelten. Dabei werden gemäß § 95 Abs 1 BVergG die konstruktive und die funktionale Leistungsbeschreibung unterschieden, wobei der Auftraggeber die für seine Bedürfnisse besser geeignete Art wählen kann.

Die konstruktive Leistungsbeschreibung besteht darin, dass die Leistung im Wege der Aufnahme sämtlicher Teilleistungen in ein Leistungsverzeichnis definiert wird. Bestehen für die Beschreibung der Leistungen geeignete Leitlinien und Normen, wie zB. ÖNORMen, so sind diese zu verwenden. Dadurch soll eine neutrale und vollständige Beschreibung der Dimension und Qualität der Leistung möglich sein, die eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet.

Dagegen muss sich der Auftraggeber einer funktionalen Leistungsbeschreibung bedienen, wenn er in Bezug auf die Leistung lediglich Zielvorstellungen angeben kann. Den Bietern wird somit eine Planungsleistung abverlangt. Mittels einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist es möglich, Leistungs- und Funktionsanforderungen bekannt zu geben, ohne dabei nähere Angaben über die Quantität, die Qualität usw. machen zu müssen.¹²⁶ Auch sie ist neutral und in der Genauigkeit vorzunehmen, dass der Zweck der fertigen Leistung, die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer, funktionsbedingter und sonstiger Hinsicht erkennbar ist. Es liegt jedoch im Wesen einer funktionalen Ausschreibung, dass die Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote nur erschwert herstellbar ist. Doch kann der Ansicht von Sturm gefolgt werden, wonach bei einer funktionalen Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote im Wesentlichen in einem Vergleich der angebotenen Lösungsvorschläge hinsichtlich der Umsetzung der vorgegebenen Ziele bestehen kann¹²⁷

¹²⁵ *Bachmann* in *Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 329.

¹²⁶ Vgl dazu: *Kropik*, Die Beschreibung von Bauleistungen, konstruktiv vs. Funktional, ZVB 2006, 84.

¹²⁷ Sturm, Die funktionale Ausschreibung nach dem BVergG 2002, ZVB 2002, 336 f.

Daneben hat die Ausschreibung noch andere wesentliche Angaben zu enthalten. Hier sind die verpflichtenden Angaben, ob die Leistungsvergabe nach den Regeln des Ober- oder des Unterschwellenbereichs durchgeführt wird, auf welche Weise Nachweise hinsichtlich der Eignung von Bietern zu erbringen sind und ob der Zuschlag nach dem Best- oder dem Billigstbieterprinzip erfolgen wird, zu nennen. Die offene Formulierung des § 130 BVergG Abs 1 2006¹²⁸ lässt auf ein Wahlrecht des Auftraggebers zwischen diesen Prinzipien schließen. In Verbindung mit § 80 Abs 3 BVergG wird jedoch klar, dass das Bestbieterprinzip als Grundsatz zu gelten hat, das Billigstbieterprinzip, bei welchem das Angebot mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erhalten soll, jedoch eine eindeutige und klare Definition des Leistungsstandards in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen vorausgesetzt.¹²⁹ Hingegen wird beim Bestbieterprinzip das technisch und wirtschaftlich beste Angebot ausgewählt. Ist in den Ausschreibungsunterlagen nichts festgelegt, kommt das Billigstbieterprinzip zur Anwendung.¹³⁰ Beim Bestbieterprinzip wird anhand der im Verhältnis ihrer Bedeutung gewichteten oder bei Vorliegen nachvollziehbarer Gründe lediglich gereihten Zuschlagskriterien, welche ebenfalls in der Ausschreibung bekannt zu geben sind, ermittelt. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien ist darauf zu achten, dass diese anbieterbezogen sind, da bieterbezogene Zuschlagskriterien unzulässig sind.¹³¹

Darüber hinaus muss in der Ausschreibung angegeben sein, ob Teil- oder Alternativangebote zulässig sind. Teilangebote nehmen nur auf einen Teil der ausgeschriebenen Leistung Bezug.¹³² Zum Alternativangebot siehe sogleich Punkt I)G)3).

¹²⁸ § 130 Abs 1 BVergG 2006 lautet: „Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.“

¹²⁹ Aicher, Bestbieterermittlung und Widerruf – Kriterien der Entscheidungsfindung, in: Kandlhofer/Seyfried (Hrsg), Interne Revision und Vergaberecht, Wien 2008, 27. vgl aber für Vergaben im Unterschwellenbereich die Sonderregelung des § 100 BVergG, welcher an die Wahl des Billigstbieterprinzips in diesem Bereich geringere Anforderungen stellt.

¹³⁰ § 80 Abs 3 letzter Satz BVergG 2006.

¹³¹ Kaufmann/Schnabel, Vergaberecht in der Praxis, Graz 2006, 106.

¹³² Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 337 f; § 80 Abs 3 BVergG 2006.

3) Das Angebot

Das Angebot ist die Erklärung eines Bieters eine Leistung gegen Entgelt und zu bestimmten Bedingungen erbringen zu wollen.¹³³ Der Bieter ist grundsätzlich bei der Gestaltung des Angebots genau an die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Deren Text darf weder geändert noch ergänzt werden.¹³⁴ Von diesem Grundsatz bestehen lediglich zwei Ausnahmen, nämlich im Falle der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens¹³⁵ und im Fall der Legung eines zulässigen Alternativangebots oder Abänderungsangebots.¹³⁶

Ein Alternativangebot gibt einem Bieter die Möglichkeit, ein anderes, eigenes Angebot mit gleichwertiger Leistung zu legen. Festzuhalten ist, dass Alternativangebote schwierige Bewertungsfragen nach sich ziehen, da die Vergleichbarkeit eines Alternativangebotes mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand und auch mit weiteren Alternativangeboten schwer herstellbar ist.¹³⁷ Alternativangebote sind daher folgerichtig nur zulässig, wenn für die Auswahl der Angebote das Bestbieterprinzip festgelegt ist. Das Alternativangebot ist vom Abänderungsangebot zu unterscheiden, das sich durch geringfügige, technische, aber ebenfalls gleichwertige Abweichungen von der ausgeschriebenen Leistung auszeichnet. Mit dieser im BVergG 2006 neu eingeführten Kategorie von Angeboten¹³⁸ soll in jenen Fällen, in denen infolge der Durchführung der Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip Angebote auch bei geringen Abweichungen gegenüber der ausgeschriebenen Leistung auszuschneiden waren, die notwendige Flexibilität erreicht werden. Bei Prüfung der Frage, ob ein Abänderungsgebot vorliegt oder das Angebot nicht schon als Alternativangebot klassifiziert werden muss, ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen.¹³⁹ Zu beachten ist auch, dass sich Abänderungsangebote nur auf technische Aspekte von Teilen der Gesamtleistung beziehen können. Sowohl beim Alternativangebot als auch beim Abänderungsangebot ist die Gleichwertigkeit des Angebotes zuzusichern und ein

¹³³ § 2 Z 3 BVergG 2006.

¹³⁴ *Bachmann* in *Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 330.

¹³⁵ Vgl dazu unter Punkt III)B)4)a)iii).

¹³⁶ *Korinek* in *Raschauer* (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 341.

¹³⁷ 1171 BlgNR XXII GP 70.

¹³⁸ § 82 BVergG 2006.

¹³⁹ 1171 BlgNR XXII GP 70.

Gesamtabänderungspreis anzugeben.¹⁴⁰ Alternativangebote und Abänderungsangebote sind jedoch nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.¹⁴¹

Die §§ 106 ff BVergG 2006 enthalten detaillierte Bestimmungen betreffend Form und Inhalt der Angebote. Einzureichen sind die Angebote jedenfalls in Papierform¹⁴² in einem verschlossenen Umschlag innerhalb der Angebotsfrist.¹⁴³ Vergütungen für den mit der Erstellung von Angeboten verbundenen Aufwand sind grundsätzlich nicht vorgesehen.¹⁴⁴

4) Das Zuschlagsverfahren

Das Zuschlagsverfahren im engeren Sinn ist dreistufig: nach der Prüfung der Angebote wird die Zuschlagsentscheidung bekannt gemacht, woraufhin nach einer Stillhaltefrist der Zuschlag erteilt werden kann.

(a) Die Prüfung der Angebote

Nach der Öffnung der Angebote durch den Auftraggeber sind diese durch fachkundige Personen zu prüfen. Erforderlichenfalls sind auch Gutachten von externen Sachverständigen einzuholen. Angebote, die einen der in § 129 BVergG 2006 aufgezählten Mängel aufweisen, sind auszuscheiden. Zu diesen zählen unter anderem die fehlende Befugnis, die fehlende wirtschaftliche, finanzielle oder technische Leistungsfähigkeit des Bieters, das verspätete Einreichen des Angebotes, etc.

Die Angebote der Bieter sind im offenen wie im nicht offenen Verfahren nicht mehr weiter verhandelbar (Verhandlungsverbot), zulässig sind lediglich Aufklärungsgespräche zur Einholung von Auskünften.¹⁴⁵ Hingegen stellt das Verhandeln der Angebote den Kern des Verhandlungsverfahrens dar. Die

¹⁴⁰ Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Graz 2006, 99

¹⁴¹ Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006, 31.

¹⁴² Zu Sonderregelungen für Elektronische Angebote vgl §§ 113 ff BVergG 2006.

¹⁴³ § 110 BVergG 2006.

¹⁴⁴ § 111 BVergG 2006.

¹⁴⁵ Korinek in Raschauer (Hrsg), Österreichisches Wirtschaftsrecht², Wien 2003, 342; § 101 Abs 4 BVergG 2006, § 104 Abs 2 BVergG 2006.

Verhandlungsmöglichkeiten bezüglich der in einem wettbewerblichen Dialog eingereichten Angebote werden unter Punkt II)E)5) näher behandelt.

(b) Die Zuschlagsentscheidung

Die Zuschlagsentscheidung ist eine nicht verbindliche Absichtserklärung des Auftraggebers an die Bieter, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll.¹⁴⁶ Von dieser Entscheidung sind die Bieter unverzüglich zu informieren. Andernfalls kann der Zuschlag nicht rechtswirksam erteilt werden. Dieser kann erst in der Folge, nach Ablauf einer Stillhaltefrist von in der Regel 14 Tagen, erfolgen.¹⁴⁷

(c) Der Zuschlag

Der Zuschlag ist schließlich eine verbindliche, schriftliche Erklärung des Auftraggebers an den Best- bzw Billigstbieter, sein Angebot anzunehmen.¹⁴⁸ Die Begründung für die Entscheidung hat der Auftraggeber schriftlich festzuhalten. Als Zuschlagsformen kommen Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief in Betracht.¹⁴⁹ Wird der Zuschlag innerhalb der Zuschlagsfrist erteilt, kommt der Leistungsvertrag sofort zustande, nach Verstreichen dieser Frist hingegen erst mit Annahme durch den erfolgreichen Bieter.¹⁵⁰

5) Die Beendigung des Vergabeverfahrens

Im Regelfall endet das Vergabeverfahren mit Zustandekommen des Leistungsvertrages. Die erfolgreiche Vergabe hat der Auftraggeber durch den Vergabevermerk anzuzeigen, welcher auch die maßgeblichen Ergebnisse des Verfahrens festhält.¹⁵¹

Der Auftraggeber kann jedoch das Vergabeverfahren gemäß der Bestimmungen der §§ 138 bis 140 BVergG 2006 sowohl vor als auch nach dem Ablauf der Angebotsfrist

¹⁴⁶ § 2 Z 48 BVergG 2006.

¹⁴⁷ *Bachmann in Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶, Salzburg 2006, 331.

¹⁴⁸ § 2 Z 49 BVergG 2006.

¹⁴⁹ § 134 Abs 1 BVergG 2006.

¹⁵⁰ § 133 BVergG 2006.

¹⁵¹ § 135 f BVergG 2006.

widerrufen. Nach § 138 BVergG 2006 ist ein Vergabeverfahren obligatorisch vor Ende der Anbotsfrist zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen bzw ihr einen wesentlich anderen Inhalt verliehen hätten. Ein fakultativer Widerruf ist jederzeit aus anderen schwerwiegenden, einen Widerruf rechtfertigenden Gründen möglich. In § 139 BVergG 2006 werden die Gründe aufgezählt, nach welchen das Verfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen ist. Set dem BVergG 2006 ist der Widerruf als ein zweistufiges Verfahren ausgestaltet, um eine Überprüfung dieser Entscheidung des Auftraggebers zu ermöglichen.¹⁵² Vom Widerruf sind die am Verfahren teilnehmenden Unternehmen unverzüglich zu verständigen.¹⁵³

¹⁵² Vgl § 140 BVergG 2006; 1171 BlgNR XXII GP, 90.

¹⁵³ *Bachmann in Bachmann* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁶, Salzburg 2006, 331.

II) Der wettbewerbliche Dialog

A) Die Entstehungsgeschichte des wettbewerblichen Dialogs

1) Der Reformbedarf des europäischen Vergaberechts Mitte der 1990er Jahre

Da auch die in den frühen 1990er Jahren erlassenen Vergaberichtlinien¹⁵⁴ die Ziele der Europäischen Kommission auf dem Gebiet des Vergaberechts nicht verwirklichen konnten, entschloss sich diese zur Herausgabe eines Grünbuchs¹⁵⁵ mit dem Titel „Öffentliches Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“¹⁵⁶ (im Folgenden: „Grünbuch Vergaberecht“) mit dem europaweiten Ersuchen um zahlreiche Stellungnahmen und Reformvorschläge. Die Europäische Kommission definiert in diesem Grünbuch Vergaberecht ihre Hauptanliegen im Vergabewesen wie folgt:¹⁵⁷

- Verwirklichung der Grundfreiheiten;
- Schaffung der erforderlichen Wettbewerbsbedingungen, damit öffentliche Auftragsvergaben ohne Diskriminierungen über die Bühne gehen können;
- Die ökonomische Verwendung öffentlicher Ressourcen durch die Wahl des besten Angebots;
- Der Zugang von Unternehmen zu einem gemeinsamen Markt mit großen Absatzmärkten und
- die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von europäischen Unternehmen;

¹⁵⁴ Vgl. oben Punkt I)B)3).

¹⁵⁵ „Grünbücher sind von der Kommission veröffentlichte Mitteilungen, die zur Diskussion über einen bestimmten Politikbereich dienen. Sie richten sich vor allem an interessierte Dritte, Organisationen und Einzelpersonen, die dadurch die Möglichkeit erhalten, an der jeweiligen Konsultation und Beratung teilzunehmen. In bestimmten Fällen ergeben sich daraus legislative Maßnahmen.“
http://europa.eu/documents/comm/index_de.htm abgerufen am 24.07.2008.

¹⁵⁶ Grünbuch der Europäischen Kommission, „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, KOM (96) 583 endg. vom 27.11.1996, abrufbar unter: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_de.pdf.

¹⁵⁷ Grünbuch Vergaberecht (FN 153), 1.

Unter Einbeziehung der zahlreichen Stellungnahmen¹⁵⁸ zum Grünbuch, welche nochmals aufzeigten, dass eine Reform der alten Richtlinien immer dringender wurde, erstellte die Europäische Kommission im Jahre 2000 einen ersten Entwurf für eine neue, einheitliche Richtlinie für den Liefer-, Dienstleistungs- und Baubereich¹⁵⁹ (im Folgenden „Erstvorschlag“). Das Projekt Legislativpaket der Europäischen Union war somit ins Leben gerufen.

2) Das Legislativpaket der Europäischen Union

(a) Die Zielsetzungen

Das Legislativpaket der Europäischen Union besteht – wie schon zuvor unter Punkt I)B)3) ausgeführt - aus zwei Richtlinien, und zwar aus der VKR und der SKR. Ziel dieses Legislativpaketes ist die Vereinfachung, Modernisierung und Flexibilisierung der Vergabevorschriften. Eine Vereinfachung sollte dadurch erreicht werden, dass die ursprünglich drei verschiedenen Richtlinien für den klassischen Bereich zu einer einzigen zusammengefasst werden. Unter den Begriff Modernisierung fallen jene Bestimmungen der VKR, die neuen Technologien und Veränderungen des wirtschaftlichen Umfelds Rechnung tragen. In den Bereich der Flexibilisierung fällt das Hauptthema dieser Arbeit. Da vermehrt beklagt wurde, die zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren seien zu starr ausgestaltet, sollte vor allem den spezifischen Anforderungen komplexer Auftragsvergabe Aufmerksamkeit gezollt werden, indem eine neue Verfahrensart in Gestalt des wettbewerblichen Dialogs eingeführt werden sollte.^{160,161}

¹⁵⁸ Bei der Kommission langten ca 300 Stellungnahmen von den Regierungen der Mitgliedstaaten, von wirtschaftlichen Interessensverbänden und Institutionen ein; vgl: Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11.03.1998, „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, KOM (1998) 143 endg, 2.

¹⁵⁹ „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 11.07.2000, ABl vom 30.01.2001, 2001/C 531 E /02.

¹⁶⁰ Braun, Neue Tendenzen im europäischen Vergaberecht, NZBau 2002, 2.

¹⁶¹ An dieser Stelle muss festgehalten werden, dass die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges nicht von der „Generaldirektion Binnenmarkt“ der Europäischen Kommission, in deren Zuständigkeitsbereich das öffentliche Beschaffungswesen fällt, erfunden wurde. Ein in der Ausgestaltung dem wettbewerblichen Dialog äußerst ähnliches Verfahren wurde nämlich bereits in den Art 19 und 49 des „UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services“ with Guide to Enactment aus dem Jahre 1994 vorgesehen. An diesem Modellverfahren könnte sich die Europäische Kommission orientiert haben.

Die Verfolgung dieser Zielsetzungen sollte im Einzelnen durch folgende weitere Neuerungen unterstützt werden:¹⁶²

- Einführung elektronischer Beschaffungsmechanismen;
- Klarstellung der Bestimmungen über die technischen Spezifikationen;
- Strengere Bestimmungen über die Zuschlagskriterien und die Eignungskriterien;
- Vereinfachung der Schwellenwerte;
- Einführung eines gemeinsamen Vokabulars – Common Procurement Vocabulary (CPV) – für öffentliche Aufträge;

(b) Das Gesetzgebungsverfahren

Das Legislativpaket der Europäischen Gemeinschaft wurde im sogenannten Mitentscheidungsverfahren beschlossen. Für dieses ist charakteristisch, dass der Rat der Europäischen Union und das Europäische Parlament gleichberechtigt am Gesetzgebungsverfahren mitwirken können. Ein Rechtsakt kann in diesem Verfahren also nicht ohne Zustimmung des Europäischen Parlaments beschlossen werden.¹⁶³

Das Gesetzgebungsverfahren gestaltete sich nach dem Erstvorschlag der Europäischen Kommission vor allem im Bezug auf den klassischen Bereich äußerst schwierig. Das Europäische Parlament beantragte in seiner Stellungnahme¹⁶⁴ zum Erstvorschlag zahlreiche Änderungen, welche die Kommission im Jahre 2002 in einen geänderten Vorschlag zur VKR¹⁶⁵ (im Folgenden „geänderter Vorschlag“) einfließen ließ. Der Rat nahm diesen geänderten Vorschlag jedoch nicht an und verfasste daher einen „gemeinsamen Standpunkt“,¹⁶⁶ welcher den dritten Entwurf zur

¹⁶² Vgl. Begründung des „Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 30.08.2000, KOM (2000) 275, endg./2, 4.

¹⁶³ Vgl. Art 251 EG; Näheres zum Ablauf des Mitentscheidungsverfahrens: Thun-Hohenstein/Cede/Hafner, Europarecht⁵, 186 ff.

¹⁶⁴ Bericht vom 29.10.2001 „über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge - Ausschuss für Recht und Binnenmarkt“, AG-0378/2001 endg.

¹⁶⁵ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, ABl. Vom 27.08.2002, 2002/C 203 E /31.

¹⁶⁶ Mitteilung des Rates, „Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003 vom Rat festgelegt am 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2003/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über

VKR darstellt. Doch auch der „gemeinsame Standpunkt“ des Rates führte zu keinem Ergebnis, da dieser wiederum keine Zustimmung durch das Europäische Parlament erfuhr. Dieses stellte vielmehr erneut Änderungsanträge.¹⁶⁷ Es war daher die Einberufung des Vermittlungsausschusses erforderlich, in welchem sich schließlich Vertreter des Europäischen Parlaments und Vertreter des Rates auf die endgültige Fassung der VKR einigen konnten. Gemeinsam mit der SKR wurde die VKR schließlich am 30.04.2004 als Legislativpaket im Bereich des europäischen Vergaberechts im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.¹⁶⁸ Die teils zwingend, teils fakultativ umzusetzenden Zielvorgaben des Paketes waren von den Mitgliedstaaten bis zum 31.01.2006 umsetzen.

3) Die Entwicklung des wettbewerblichen Dialoges in den einzelnen Etappen des Gesetzgebungsverfahrens zum Legislativpaket

(a) Allgemeines

Nicht zuletzt wegen großer Unstimmigkeiten über die Ausgestaltung des neuen Vergabeverfahrens „wettbewerblicher Dialog“, einem Kernstück der VKR, musste im Gesetzgebungsverfahren der Vermittlungsausschuss bemüht werden. So wurde der wettbewerbliche Dialog im Zuge dieses Verfahrens einigen wesentlichen Änderungen unterzogen, und, nachdem er anfänglich als neue Form des Verhandlungsverfahrens gesehen wurde,¹⁶⁹ letztlich als eigenständiges Vergabeverfahren eingerichtet. Die VKR definieren schließlich den wettbewerblichen Dialog in Art 1 Abs 11 lit c wie folgt:

„Der wettbewerbliche Dialog ist 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

die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“, AB1 vom 24.06.2003, 2003/C 147 E/01.

¹⁶⁷ Empfehlung vom 19.06.2003 „für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“, A5-0242/2003 endg.

¹⁶⁸ AB1 2004/L 134/114 vom 30.04.2004.

¹⁶⁹ Vgl Art 29 Erstvorschlag (FN 156); Begründung des „Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 30.08.2000, KOM (2000) 275, endg./2, 7.

Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage bzw. Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.“

Der Weg zu dieser Begriffsbildung des wettbewerblichen Dialoges innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zum Legislativpaket soll nun im Folgenden, bevor auf dessen geltende Ausgestaltung näher eingegangen wird, beschrieben werden.

(b) Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum öffentlichen Auftragswesen

Die Initialzündung für das Legislativpaket stellt das Grünbuch Vergaberecht dar, welches jedoch die Einführung eines neuen Vergabeverfahrens für komplexe Aufträge nicht erwähnt. Es wird lediglich das Verhandlungsverfahren und dessen teils übermäßige Anwendung thematisiert sowie eingestanden, dass das Verhandlungsverbot im offenen wie im nicht offenen Verfahren sowie die Regelung bezüglich Vorarbeiten durch Unternehmen zu Problemen bei der Auftragsvergabe führen.¹⁷⁰

Doch bereits in einer Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem Jahre 1998, in welcher die Stellungnahmen zum Grünbuch reflektiert werden, wird die Einführung eines wettbewerblichen Dialoges als flexibles Vergabeverfahren erwähnt, um der verbreiteten Kritik an der Schwerfälligkeit und Formalisiertheit der Vergabeverfahren, welche zudem den praktischen Bedürfnissen der Auftraggeber nicht mehr gerecht geworden wären, Rechnung zu tragen. Grundgedanke der Kommission bei der Einführung ist, dass der Dialog zwischen Auftraggeber und Bietern nicht mehr die Ausnahme darstellen soll. Er ist vor allem für Fälle gedacht, in denen die Auftraggeber zwar ihren Bedarf kennen, im Vorhinein jedoch nicht die technisch beste Lösung ermitteln können, um diesen zu decken. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der wettbewerbliche Dialog in dieser Mitteilung als Ersatz für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gedacht war.¹⁷¹

¹⁷⁰ Grünbuch Vergaberecht (FN 153), 13, 17.

¹⁷¹ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11.03.1998, „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“, KOM (1998) 143 endg, 6 ff.

(c) Der Erstvorschlag der VKR der Europäischen Kommission

Bereits im Erstvorschlag wird dem neuen Vergabeverfahren ein eigener Erwägungsgrund gewidmet. Dieser 18. Erwägungsgrund lautet:

„Bei manchen besonders komplexen Aufträgen kann es für den Auftraggeber objektiv unmöglich sein, die Mittel für die Erfüllung seiner Bedürfnisse zu definieren, oder zu beurteilen, welche technischen oder finanziellen Lösungen der Markt zu bieten hat, ohne daß dies auf mangelnde Information bzw. Versäumnisse seinerseits zurückzuführen wäre. Es ist daher ein Verhandlungsverfahren mit Wettbewerb vorzusehen, das die zur Bewältigung derartiger Situationen notwendige Flexibilität aufweist. In diesen Fällen sollte die Verhandlung lediglich dazu dienen, es dem Auftraggeber zu ermöglichen, durch die Gespräche mit den Bewerbern seine Erfordernisse so zu präzisieren, daß die Angebote formuliert und auf der Grundlage des Kriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots objektiv beurteilt werden können. Die Verhandlung sollte also mit der Erstellung der Verdingungsunterlagen enden. Daher können Angebote, die auf der Grundlage der Verdingungsunterlagen erstellt wurden, nicht Gegenstand der Verhandlung sein. Diese Flexibilität wird gewährt unter Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz.“

In einer Begründung des Erstvorschlags beschreibt die Europäische Kommission selbst dieses Verfahren als eine neue Art des Verhandlungsverfahrens, welches bei besonders komplexen Aufträgen einen Dialog zwischen dem Auftraggeber und verschiedenen Bewerbern bei gleichzeitiger Gewährleistung von Wettbewerb und Gleichbehandlung ermöglichen soll. Auch wird darauf hingewiesen, dass ein derartiger Dialog zwischen dem Auftraggeber und den Teilnehmern im offenen wie im nichtoffenen Verfahren nicht vorgesehen ist. Darüber hinaus habe die Verfahrensart *„Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung“* Ausnahmecharakter hinsichtlich des Anwendungsbereichs, welcher ebenfalls nach der Rechtsprechung des EuGH restriktiv auszulegen ist.¹⁷² Daraus ergebe sich,

¹⁷² Begründung des „Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 30.08.2000, KOM (2000) 275, endg./2, 5 ff. Die Europäische Kommission bleibt die Referenz entsprechender Judikate schuldig. Sie dürfte sich jedoch auf folgende Entscheidung beziehen: EuGH vom 28.03.1996, Rs C-318/94, *Kommission/Deutschland*.

dass die ursprünglichen Regelungen keine ausreichenden Dialogmöglichkeiten zur Verfügung stellen. Denn auch die Möglichkeiten, vor Beginn des Vergabeverfahrens einen technischen Dialog bzw. einen Wettbewerb vorzuschalten, sei als nicht ausreichend zu qualifizieren. Außerdem seien die Teilnehmer an diesen Vorarbeiten von einer weiteren Beteiligung am Vergabeverfahren ausgeschlossen,¹⁷³ eine Tatsache, die ebenfalls nicht als zufriedenstellend betrachtet werden könne. Diese Vorarbeiten sollten nun in einen Dialog innerhalb des Vergabeverfahrens eingebettet werden.¹⁷⁴

Konsequenterweise findet sich die Regelung betreffend den Anwendungsbereich unter der Überschrift *„Fälle, die das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen“*¹⁷⁵. Inhaltliche Bestimmungen finden unter der Überschrift *„Besondere Regelungen für besonders komplexe öffentliche Aufträge“*,¹⁷⁶ welche als Vorläufer für die späteren Bestimmungen über den wettbewerblichen Dialog betrachtet werden können.

Die im 18. Erwägungsgrund des Erstvorschlages als „Verhandlungsverfahren mit Wettbewerb“ bezeichnete neue Art des Verhandlungsverfahrens hat somit bereits im Erstentwurf große Ähnlichkeit in Bezug auf den Anwendungsbereich und die Durchführung des Verfahrens sowie der Zuschlagserteilung mit der in der Folge getroffenen endgültigen Regelung des wettbewerblichen Dialoges. Bemerkenswert ist allerdings, dass ein ausdrückliches Verhandlungsverbot über die auf Grundlage der im Dialog erarbeiteten Lösungskonzepte eingereichten Angebote festgelegt ist.¹⁷⁷

(d) Der geänderte Vorschlag der Europäischen Kommission

Wie bereits oben unter II)A)2)b) erwähnt, hat das Europäische Parlament eine Reihe von Abänderungsanträgen zum Erstentwurf der Kommission eingebracht, von denen

¹⁷³ Zur Projektantenproblematik vgl. unten Punkt: II)E)3)b). Es ist hier darauf hinzuweisen, dass das angesprochene Dokument vor der Entscheidung „EuGH vom 03.03.2005, Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*“ veröffentlicht wurde.

¹⁷⁴ Begründung des „Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 30.08.2000, KOM (2000) 275, endg./2, 6 f

¹⁷⁵ Art 29 Z 1 b) Erstvorschlag (FN 156).

¹⁷⁶ Art 30 Erstvorschlag (FN 156).

¹⁷⁷ Vgl. Art 30 Abs 1 letzter Satz Erstvorschlag (FN 156): „...; er bewertet die Angebote, ohne über sie zu verhandeln, auf der Grundlage der Kriterien für das wirtschaftlich günstigste Angebot.“ Zur Frage von Verhandlungen nach Angebotsabgabe im wettbewerblichen Dialog vgl. unten Punkt II)E)5).

auch die Regelungen betreffend das neue Verfahren für komplexe Aufträge betroffen waren. Im geänderten Vorschlag der Europäischen Kommission finden sich daher einige diesbezügliche Änderungen. Dies ist schon am neuen 27. Erwägungsgrund des geänderten Vorschlags zu erkennen:

„Einem Auftraggeber, der besonders komplexe Projekte durchführt, kann es, ohne dass er deshalb kritisiert werden kann, objektiv unmöglich sein, die Mittel festzulegen, mit denen seine Anforderungen erfüllt werden können oder zu bewerten, was der Markt an technischen Lösungen und/oder finanziellen/rechtlichen Lösungen bietet. Dieser Sachverhalt kann insbesondere auftreten bei der Errichtung bedeutender integrierter Verkehrsinfrastrukturen, der Errichtung großer Datennetze oder der Durchführung von Projekten, die eine komplexe und strukturierte Finanzierung beinhalten, deren rechtliche und finanzielle Gestaltung nicht im voraus vorgeschrieben werden kann. Falls die Vergabe solcher Aufträge nicht im Zuge offener oder nichtoffener Verfahren erfolgen kann, sollte ein flexibles Verfahren vorgesehen werden, das sowohl den Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern sicherstellt als auch dem Bedürfnis des Auftraggebers Rechnung trägt, sämtliche Aspekte des Auftrags mit allen Bewerbern zu erörtern. Dieses Verfahren darf jedoch nicht dazu dienen, den Wettbewerb zu beschränken oder zu verzerren, insbesondere durch die Änderung wesentlicher Elemente der Angebote oder die Einführung neuer grundlegender Elemente oder dadurch, dass dem erfolgreichen Bieter neue grundlegende Elemente auferlegt werden, oder indem ein anderer Bieter ausgewählt wird als der, der das wirtschaftlich günstigste Angebot vorgelegt hat.“

Der 27. Erwägungsgrund des geänderten Vorschlages ist bereits nahezu ident mit der endgültigen Fassung, dem 31. Erwägungsgrund der VKR. Zu den dem Auftraggeber zu Verfahrensbeginn nicht bekannten technischen bzw. finanziellen Lösungen sind auch bereits die rechtlichen hinzugefügt worden. Vor allem aber wird keinerlei Beziehung zum Verhandlungsverfahren hergestellt, das Verfahren zur Vergabe komplexer Aufträge vielmehr bereits als eigenständig beschrieben.

Auch bezüglich der Durchführungsvorschriften sind die Charakteristika des wettbewerblichen Dialoges bereits deutlich zu erkennen. In den geänderten Vorschlag wurden folgende Neuerungen aufgenommen:

- Die Möglichkeit, den Dialog in mehreren Phasen abzuwickeln,¹⁷⁸
- das Absehen vom ausdrücklichen Verhandlungsverbot nach Beendigung der Dialogphase und das gleichzeitige Zulassen von Präzisierungen und Ergänzungen¹⁷⁹
- sowie eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung von Aufwandsentschädigungen an die Dialogteilnehmer.¹⁸⁰

Einige weitere Änderungsanträge des Europäischen Parlamentes zum Erstvorschlag der Europäischen Kommission, die das Verfahren zur Vergabe komplexer Aufträge betreffen, wurden von der Europäischen Kommission bei der Erstellung des geänderten Vorschlages jedoch nicht berücksichtigt. So wurde der Abänderungsantrag, im Dialog solle nur über nichtwirtschaftliche Aspekte verhandelt werden, nicht umgesetzt, da die Europäische Kommission der Auffassung war, dass nur die Erörterung sämtlicher auftragsbezogener Punkte zielführend wäre. Auch eine Einarbeitung des Abänderungsantrages, eine Änderung der Zuschlagskriterien im Laufe der Dialogphase sollte zulässig sein, verweigerte die Europäische Kommission mit der Begründung, dass dies ernst zu nehmende Risiken der Manipulation mit sich bringen würde.¹⁸¹

(e) Die „Gemeinsamen Standpunkte“ des Rates

Da der Rat den geänderten Vorschlag der Europäischen Kommission, in dem bereits zahlreiche Abänderungsanträge des Europäischen Parlaments eingearbeitet wurden, nicht annehmen wollte, erstellte der Rat selbst einen dritten Entwurf zur VKR, die „gemeinsamen Standpunkte“.

Diese begründen nun die Einführung des wettbewerblichen Dialogs in ihrem 29. Erwägungsgrund folgendermaßen:

¹⁷⁸ Art 30 Abs 4 geänderter Vorschlag (FN 162).

¹⁷⁹ Art 30 Abs 6 und 7 geänderter Vorschlag (FN 162).

¹⁸⁰ Art 30 Abs 8 geänderter Vorschlag (FN 162), siehe zur Frage der Abgeltung von Leistungen und Aufwendung der Teilnehmer am Dialog unter Punkt II)E)7).

¹⁸¹ Geänderter Vorschlag (FN 162), ABI 2002/C 203 E/212.

„Für öffentliche Auftraggeber, die außergewöhnlich 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 nichtoffener 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 sollte 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.“

Die Formulierung dieses Erwägungsgrundes unterscheidet sich von der endgültigen Fassung lediglich in zwei Punkten: Die Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges ist auf „*außergewöhnlich komplexe Vorhaben*“ beschränkt. Diese Formulierung hätte wohl zur Folge gehabt, dass das neue Vergabeverfahren – auch wenn es nur für Ausnahmeprojekte gedacht ist – einen allzu eingegrenzten Anwendungsbereich aufgewiesen hätte, der die Gefahr mit sich gebracht hätte, dass das Verfahren in praktischer Bedeutungslosigkeit verschwindet. Die endgültige Version sieht – wie unter Punkt II)D)2)a) genauer behandelt – eine Anwendbarkeit bei „*besonders komplexen Vorhaben*“ vor.¹⁸²

Die Entwicklung der Formulierung eines Erwägungsgrundes ist deshalb von Bedeutung, da ein solcher Erwägungsgrund – obwohl selbst nicht verbindlich – doch bei der Auslegung der Bestimmungen von Richtlinien von maßgeblicher Bedeutung

¹⁸² Vgl Art 31 VKR.

ist.¹⁸³ Daher kann behauptet werden, dass die Endfassung des 31. Erwägungsgrundes der VKR die Auslegung in Richtung eines größeren Anwendungsbereiches des wettbewerblichen Dialoges stützt.

Die zweite Änderung findet sich im letzten Satz des Erwägungsgrundes. In diesem wird das Wort „sollte“ durch die Formulierung „darf nicht“ ersetzt. Hatte der Auftraggeber nach den „gemeinsamen Standpunkten“ darauf zu achten, dass es nach Angebotsabgabe nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, steht solchen nun in der endgültigen Fassung ein striktes Verbot entgegen. Das Verbot von Wettbewerbsverzerrungen in der Angebotsphase ist somit nochmals verdeutlicht worden.

Auch die das Verfahren des wettbewerblichen Dialoges selbst regelnden Bestimmungen, welche sich in Art 29 der „gemeinsamen Standpunkte“ finden, beschreiben den Ablauf des wettbewerblichen Dialoges bereits in der auch heute geltenden Weise. Vereinzelte Änderungen in der abschließenden Fassung der VKR sind keine inhaltlichen Veränderungen, sondern vielmehr Korrekturen in den Formulierungen, welche jedoch keine für die gegenständliche Untersuchung maßgeblichen Konsequenzen mit sich bringen.

B) Der wettbewerbliche Dialog nach der VKR und im österreichischen Bundesvergabegesetz 2006

1) Einleitung

Die Verfahrensart zur Vergabe öffentlicher Aufträge „wettbewerblicher Dialog“ hat ihren Ursprung in der VKR der Europäischen Kommission, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 31.03.2004. Die VKR bildet gemeinsam mit der SKR ein Legislativpaket der Europäischen Union, deren Ziel die Vereinfachung, Modernisierung und Flexibilisierung der Vergabevorschriften ist. Der wettbewerbliche Dialog stellt eine der wesentlichsten Neuerungen dieses Legislativpakets dar.¹⁸⁴ Ausschlaggebend für seine Einführung war die Feststellung, dass die „alten

¹⁸³ Vgl zu den Rechtswirkungen eines Erwägungsgrundes in EG-Richtlinien: SA von GA *Stix-Hackl* vom 25.11.2003, Rs C-222/02, *Paul*.

¹⁸⁴ *Arlt*, Die Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinien in Deutschland, *VergabeR* 2007, 280.

Richtlinien“ im Bereich des Vergabewesens, RL 92/50/EWG, RL 93/36/EWG und RL 93/37/EWG, bei besonders komplexen Vorhaben keine Vergabeverfahren mit ausreichender Flexibilität geboten haben.¹⁸⁵ Dennoch hat die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten die Entscheidung überlassen, den wettbewerblichen Dialog in die nationalen Vergaberechtsvorschriften aufzunehmen. Diese fakultative Umsetzungsmöglichkeit für die Mitgliedstaaten findet sich bereits in den Vorschlägen¹⁸⁶ zur VKR und stand während des Gesetzgebungsverfahrens nicht zur Diskussion. Sie wurde daher auch in den die Durchführung des wettbewerblichen Dialoges regelnden Art 29 VKR aufgenommen.¹⁸⁷ Im Übrigen sind auch die anderen, durch die VKR neu eingeführten Vergabeverfahren lediglich fakultativ umzusetzen. Für diese Verfahren findet sich auch in Erwägungsgrund 16 der VKR eine allgemeine Bemerkung:

„Zur Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten sollte es in das Ermessen derselben gestellt werden, zu entscheiden, ob für die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit vorgesehen werden soll, auf Rahmenvereinbarungen, zentrale Beschaffungsstellen, dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen und Verhandlungsverfahren, wie sie in dieser Richtlinie vorgesehen und geregelt sind, zurückzugreifen.“

2) Die Umsetzung im österreichischen Bundesvergabegesetz 2006

Wenn auch den Mitgliedstaaten die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in der VKR freigestellt wurde, so war dessen Einführung in das österreichische Vergaberecht aus Sicht des österreichischen Gesetzgebers unbedingt erforderlich, um dem Auftraggeber einen möglichst großen Gestaltungsspielraum zu verschaffen und ihm die Auswahl aus einem möglichst breiten Spektrum an Vergabeverfahren zu ermöglichen. Dies trifft auch auf die anderen durch die VKR neu geregelten bzw. eingeführten und ins Bundesvergabegesetz aufgenommenen Instrumente der Auftragsvergabe, der Rahmenvereinbarung, des dynamischen Beschaffungssystems

¹⁸⁵ „Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie“ der Europäischen Kommission vom 05.10.2005, 1 (Dok. CC/2005/04_rev1) abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_de.pdf, im Folgenden: „Erläuterungen der Europäischen Kommission“.

¹⁸⁶ Vgl Art 30 Abs 1 des geänderten Vorschlags (FN 153) und Art 29 Abs 1 der Gemeinsamen Standpunkte (FN 154): „Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass...“.

¹⁸⁷ Vgl Art 29 Abs 1 VKR: „Bei besonders komplexen Aufträgen können die Mitgliedstaaten vorsehen,...“.

und der elektronischen Auktionen zu.¹⁸⁸ Der wettbewerbliche Dialog wurde somit mit der Neukodifikation des österreichischen Bundesvergaberechts in das BVergG 2006 aufgenommen, welches rechtzeitig zum Ablauf der Umsetzungsfrist der VKR und der SKR am 31.01.2006, mit 01.02.2006 in Kraft getreten ist. Die Vergabe von Aufträgen im Wege des wettbewerblichen Dialogs ist jedoch aufgrund der Übergangsbestimmung des § 345 Abs 3 Z 2 BVergG 2006 erst seit 01.01.2007 möglich.

In den oben zitierten Bestimmungen der VKR ist der wettbewerbliche Dialog zwar detailliert geregelt, doch enthalten sie eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und eher unpräziser Vorgaben.¹⁸⁹ Da sich Österreich bei der Umsetzung - wie im Folgenden aufzuzeigen ist - sehr eng an den Richtlinien text gehalten hat, sind diese Unklarheiten auch im österreichischen Recht vorhanden und bedürfen daher eingehender Interpretation. Leider hat der österreichische Gesetzgeber den ihm verbleibenden Umsetzungsspielraum nicht genutzt. Die VKR stellt nämlich nur einen Rahmen dar, welcher durch die Mitgliedsstaaten ausgefüllt werden sollte.¹⁹⁰

Die zentralen Bestimmungen des BVergG 2006 über den wettbewerblichen Dialog folgen der auch sonst bei der Regelung der einzelnen Verfahrensarten eingehaltenen Dreiteilung:

- § 25 Abs 9 BVergG 2006: Definition
- § 34 BVergG 2006: Anwendungsbereich
- §§ 159 – 162 BVergG 2006 : Verfahrensablauf

3) Erwägungsgrund 31 der VKR

Erwägungsgrund 31 VKR begründet die Einführung des wettbewerblichen Dialogs in das Europäische Vergaberecht wie folgt:

„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

¹⁸⁸ 1171 BlgNR XXII GP 44

¹⁸⁹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766.

¹⁹⁰ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 301.

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 nichtoffener 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.“

Die Intention des europäischen Gesetzgebers ist es also, dem öffentlichen Auftraggeber, der die bestmögliche Lösung für seine Bedürfnisse nicht selbst ermitteln kann, für die Vergabe besonders komplexer Aufträge, die Möglichkeit einzuräumen, Unternehmen zu einem Dialog einzuladen, um zu erfahren, welche Lösungen der Markt zu bieten im Stande ist.

Der 31. Erwägungsgrund der VKR kann in vier Abschnitte gegliedert werden:

- Im ersten Abschnitt wird die Ausgangssituation vor der Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges dargelegt. Diese zeichnet sich durch das Vorliegen eines komplexen Auftrages und durch die dem Auftraggeber subjektiv nicht vorwerfbare objektive Unmöglichkeit aus, in Kenntnis seiner Bedürfnisse und Vorstellungen, die bestmöglichen Mittel sowie die verfügbaren Lösungen beschreiben und definieren zu können.
- Im nächsten Abschnitt werden als mögliche Anwendungsfälle für den wettbewerblichen Dialog integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke und Vorhaben mit komplexer und strukturierter

Finanzierung angeführt. Der Ausschuss der Regionen hat bereits in seiner Stellungnahme¹⁹¹ zur Mitteilung der Europäischen Kommission „*Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union*“¹⁹² auf Anwendungsfelder für das Verfahren für komplexe Aufträge im medizinischen Bereich verwiesen. Als konkrete Beispiele nennt er die Ausrüstung im Bereich der Chirurgie und die medizinische Bildverarbeitung. In der Tat waren bereits einige Ausschreibungen wettbewerblicher Dialoge, die den medizinischen Bereich betreffen, festzustellen und auch in Österreich zu registrieren.¹⁹³

- Im dritten Abschnitt des Erwägungsgrundes wird auf die zwei Hauptkriterien des Verfahrens Bezug genommen. Diese sind der Wettbewerb zwischen den Teilnehmern am Dialog, welcher nicht zuletzt zu innovativen Lösungen führen soll und die Möglichkeit, Verhandlungen über sämtliche Aspekte des Auftrages innerhalb des Kernstücks des Verfahrens, der Dialogphase, führen zu können.
- Im vierten und letzten Abschnitt wird schließlich auf bedeutende, weil speziell bei der Durchführung des wettbewerblichen Dialogs problematische Grundsätze aufmerksam gemacht. Diese sind das Wettbewerbsprinzip und das Verbot der Diskriminierung von Teilnehmern durch den Auftraggeber.

Auffallend ist, dass der 31. Erwägungsgrund der VKR eine sehr hohe Regelungsdichte aufweist. Er beschränkt sich nicht etwa darauf, zu erläutern, aus welchen Gründen die neue Verfahrensart eingeführt wird, sondern definiert bereits den Anwendungsbereich des Verfahrens, das Verfahren selbst und dessen Grundsätze in Grundzügen. Diese Regelungsdichte ist als das Resultat eines

¹⁹¹ Stellungnahme des Ausschusses der Regionen vom 17. September 1998 zu der Mitteilung der Kommission "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union" (KOM (98) 143 endg.), AdR 108/98, 3.

¹⁹² Mitteilung der Kommission, "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union", KOM (98) 143 endg.

¹⁹³ Bekanntmachung der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 30.05.2006, 2006/S 101-108351, AB1./S S101. Gegenstand der Ausschreibung ist ein Lieferauftrag betreffend „*Dentalarbeiten - Anfertigung von Metall- und Kunststoffprothesen, VG u. VMK Kronen sowie Prothesenreparaturen, Wurzelstifte und Brückenglieder*“; Bekanntmachung des Landeskrankenhauses Klagenfurt vom 01.08.2007, 2007/S 146-181562, AB1./S S146. Gegenstand der Ausschreibung sind „medizinische Geräte und Laborgeräte, optische Geräte und Präzisionsgeräte, Uhren, Arzneimittel und zugehöriges medizinisches Verbrauchsmaterial“.

politischen Kompromisses während des Gesetzgebungsverfahrens zur VKR zu verstehen. Da ein Erwägungsgrund einer Richtlinie lediglich bei der Auslegung der Bestimmungen der Richtlinie herangezogen werden kann, selbst aber keine verbindliche Wirkung entfaltet,¹⁹⁴ ist das Erzielen einer Einigung über bestimmte Regelungen und Formulierungen einfacher, wenn diese „nur“ in einen Erwägungsgrund aufgenommen werden. Dies mündet jedoch in der Gefahr der Unklarheit bezüglich der Rechtslage und führt zu einer ineffektiven Umsetzung und Anwendung der VKR.¹⁹⁵

Der wettbewerbliche Dialog ist schließlich auf nationaler Ebene von der „öffentlichen Interessentensuche“ und auf europäischer Ebene vom technischen Dialog zu unterscheiden. Die öffentliche Interessentensuche wurde 1981 durch einen Ministererlass zur alten ÖNORM A 2050 eingeführt. Bei dieser verfasst der Auftraggeber auf der Grundlage von Lösungsvorschlägen interessierter Unternehmer eine einheitliche Leistungsbeschreibung. Diese bildet die Grundlage für die Angebote der teilnehmenden Unternehmen.¹⁹⁶

Der technische Dialog ist im 8. Erwägungsgrund der VKR skizziert. Mit seiner Hilfe hat der Auftraggeber die Möglichkeit, im Vorfeld eines Vergabeverfahrens eine den Wettbewerb nicht ausschaltende Stellungnahme zwecks Erstellung der Ausschreibungsunterlagen einzuholen.¹⁹⁷ Dieser Dialog ist jedoch nicht dafür gedacht, potentielle Auftragnehmer zu ermitteln, sondern ein Mittel, um das Wissen des Marktes in Anspruch nehmen zu können.¹⁹⁸ Bei der Durchführung eines technischen Dialoges ist dem Auftraggeber von Anfang an klar, welches Ergebnis er mit welchen Mitteln erreichen möchte. Ziel ist, von vornherein unnötige technische Verständnisprobleme zu vermeiden um ein besseres und eindeutiges Verständnis

¹⁹⁴ Vgl zu den Rechtswirkungen eines Erwägungsgrundes in EG-Richtlinien: SA von GA Stix-Hackl vom 25.11.2003, Rs C-222/02, Paul.

¹⁹⁵ Treumer, The Field of Application of Competitive Dialog, P.P.L.R. 2006, 308.

¹⁹⁶ Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 15. Näheres zur öffentlichen Interessentensuche: Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines Vergabegesetzes, in Korinek/Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts, Wien 1985, 111, 120 ff.

¹⁹⁷ Vgl Erwägungsgrund 8 VKR: „Bevor ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingeleitet wird, können die öffentlichen Auftraggeber unter Rückgriff auf einen „technischen Dialog“ eine Stellungnahme einholen bzw. entgegennehmen, die bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen (*) verwendet werden kann, vorausgesetzt, dass diese Stellungnahme den Wettbewerb nicht ausschaltet.“

¹⁹⁸ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: Pünder/Prieß (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17.

der Ausschreibungsunterlagen sicherstellen zu können. Die Bieter werden somit in die Lage versetzt, ihre Angebote besser zu kalkulieren und verständlicher abzufassen.¹⁹⁹ Der technische Dialog kann dabei jeder Verfahrensart vorgeschaltet werden, geht es doch beim technischen Dialog auch darum, das konkrete Verfahren zur Vergabe des Auftrages zu ermitteln. Dieser Ermittlungsvorgang kann somit auch zu dem Ergebnis führen, dass der Auftrag im wettbewerblichen Dialog vergeben werden kann oder sogar muss.²⁰⁰

4) Kurzdarstellung des Ablaufes eines wettbewerblichen Dialoges

Bevor nun näher auf die einzelnen Verfahrensschritte des wettbewerblichen Dialoges detailliert eingegangen wird, erscheint es geboten, den Ablauf des Verfahrens vorweg kurz darzustellen:

Beim wettbewerblichen Dialog werden mittels europaweiter Bekanntmachung geeignete Wirtschaftsteilnehmer zur Teilnahme an einem Dialogverfahren eingeladen, in welchem bestmögliche Lösungen für die vom Auftraggeber bekannt gegebenen Anforderungen und Bedürfnisse erzielt werden sollen. Die Dialogphase hat den Grundsätzen der Transparenz, Gleichbehandlung und Vertraulichkeit zu folgen. Nach Erzielen von einer oder mehreren Lösungen wird die Dialogphase beendet und die Teilnehmer am Dialog zur Legung von Angeboten aufgefordert. Die eingebrachten Angebote können auf Verlangen des Auftraggebers Präzisierungen unterzogen werden, bevor der Auftraggeber dem wirtschaftlich besten Angebot den Zuschlag zu erteilen hat.

C) Definitionen

Definiert wird die neue Verfahrensart zunächst auf europäischer Ebene in Art 1 Abs 11 lit c VKR:

„Der „wettbewerbliche Dialog“ ist 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

¹⁹⁹ Müller/Brauser-Jung, Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht – Ein Beitrag zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, NVwZ 2007, 884, 887.

²⁰⁰ Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 79.

Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage bzw. Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.“

An dieser Definition orientiert sich § 25 Abs 9 BVergG 2006.²⁰¹

„Beim wettbewerblichen Dialog führt der Auftraggeber, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, mit ausgewählten Bewerbern einen Dialog über alle Aspekte des Auftrags. Ziel des Dialogs ist es, eine oder mehrere den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Lösung oder Lösungen zu ermitteln, auf deren Grundlage oder Grundlagen die jeweiligen Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.“

Kennzeichnend für den wettbewerblichen Dialog ist, dass der Auftraggeber zwar seine Bedürfnisse und Zielvorstellungen kennt, nicht jedoch die zu deren Umsetzung auf dem Markt zur Verfügung stehenden Mittel. Diese sollen in der Dialogphase bestmöglich ermittelt werden, bevor der Auftraggeber zur Angebotsabgabe auffordert.²⁰²

Bezüglich des Charakters des wettbewerblichen Dialoges als eigenständigem Vergabeverfahren bestehen jedoch Meinungsverschiedenheiten. So halten ihn manche weiterhin für einen Unterfall des Verhandlungsverfahrens²⁰³, obwohl im Gesetzgebungsverfahren zur VKR davon systematisch abgegangen wurde. *Franzius* bezeichnet den wettbewerblichen Dialog gar als „Vorverfahren zur Bestimmung des Auftragsgegenstandes“²⁰⁴. Dies widerspricht allerdings der Intention des europäischen Gesetzgebers. Der wettbewerbliche Dialog wird in der VKR in einer eigenständigen Bestimmung, nämlich Art 1 Abs 11 lit c VKR definiert. Diese Bestimmung steht systematisch neben jenen, die übrigen Vergabeverfahren definierenden Bestimmungen und mit diesen daher auf gleicher Ebene. Die Definition des wettbewerblichen Dialoges in Art 1 Abs 11 lit c VKR und die in dieser Bestimmung enthaltenen, speziellen Anwendungsvorschriften für das

²⁰¹ 1171 BIdNR XXII GP 45.

²⁰² 1171 BIdNR XXII GP 45.

²⁰³ Nachweise dazu, siehe *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 84, Fn 321.

²⁰⁴ *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 85.

Dialogverfahren, verleihen diesem seine Eigenständigkeit.²⁰⁵ Zudem kann entgegen gehalten werden, dass auch das nicht offene Verfahren als eigenständiges Verfahren anerkannt ist, obwohl es dem offenen Verfahren lediglich ein Auswahlverfahren voranstellt.²⁰⁶

Beim wettbewerblichen Dialog handelt es sich gemäß der oben zitierten Bestimmungen der VKR und des BVergG 2006 um ein dreistufiges Verfahren:

- Die erste Stufe ist der Teilnahmewettbewerb;
- Mit den in diesem Teilnahmewettbewerb ausgewählten Teilnehmern ist in der nächsten Stufe der Dialog zu führen, dessen Ziel es ist, eine oder auch mehrere Lösungen zu entwickeln, welche den Anforderungen des Auftraggebers bestmöglich entspricht;
- Zuletzt sind auf Basis der mit dem jeweiligen Bewerber ermittelten Lösung die Angebote einzufordern.²⁰⁷

D) Der Anwendungsbereich

1) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Legislativpaket der Europäischen Union grenzt den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialoges auf öffentliche Auftraggeber im Sinne des Art 1 Abs 9 VKR ein. Dieser lautet: *„Öffentliche Auftraggeber sind der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des*

²⁰⁵ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: *Pünder/Prieß* (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17.

²⁰⁶ Trautner, Wettbewerblicher Dialog: Chancen und Risiken für Contracting-Aufträge, CuR 2006, 88, 90.

²⁰⁷ Aicher, Arten und Wahl der Vergabeverfahren, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP III, Wien 2006, 9, 23; Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 857; Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 452; Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl 2006, 1492, 1494; aA nur Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 220. Dieser sieht unter Berücksichtigung der Bekanntmachung als eigener Verfahrensstufe im wettbewerblichen Dialog ein vierstufiges Verfahren.

öffentlichen Rechts bestehen.“ Die hier erfolgte Anführung von öffentlichen Auftraggebern deckt sich mit den in der analogen Bestimmung des § 3 Abs 1 Z 1-3 BVergG 2006 genannten Gebietskörperschaften, Einrichtungen und Verbänden. Es kann also davon ausgegangen werden, dass der öffentliche Auftraggeber im Sinne des Art 1 Abs 9 VKR mit jenem des § 3 BVergG 2006 ident ist. Den Sektorenauftraggebern wird jedoch in der diesen Bereich regelnden SKR der wettbewerbliche Dialog als Verfahrensart nicht zur Verfügung gestellt. Die SKR sieht vielmehr nur die drei klassischen Verfahrensarten vor.²⁰⁸ Die Europäische Kommission begründet dies damit, dass in der SKR der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren mit Aufruf zum Wettbewerb nicht beschränkt werde. Der Ablauf dieses Verfahrens könne jenem des wettbewerblichen Dialoges entsprechend ausgestaltet werden. Die Europäische Kommission möchte anscheinend dem Sektorenauftraggeber die Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges durch diese „Hintertür“ ermöglichen.²⁰⁹ Aus welchem Grund dem Sektorenauftraggeber nicht folglich ausdrücklich der wettbewerbliche Dialog zur Verfügung gestellt wird, bleibt jedoch nicht nachvollziehbar.

*Heiermann*²¹⁰ geht aber davon aus, dass die europäischen Vorgaben dem Vorsehen einer Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges im nationalen Recht auch für Sektorenauftraggeber nicht im Wege stehen. Dies deshalb, da eine europäische Richtlinie nur im Hinblick auf die Zielverwirklichung verbindlich sei, dem Mitgliedstaat jedoch einen Umsetzungsspielraum überlasse. Den wettbewerblichen Dialog auch den Sektorenauftraggebern zur Verfügung zu stellen, würde einen Beitrag zur Verwirklichung des Zieles der Schaffung eines größtmöglichen Wettbewerbs und der Beseitigung der Abschottung der Märkte innerhalb der Europäischen Union leisten.

Zudem ist zu bedenken, dass es gerade auf dem Gebiet der Sektoren oft zu Vergaben besonders komplexer Aufträge kommen kann. Der österreichische Gesetzgeber ist allerdings dieser Überlegung nicht gefolgt und hat im BVergG 2006 dem Sektorenauftraggeber die Möglichkeit verwehrt, den wettbewerblichen Dialog als Vergabeverfahrensart für besonders komplexe Aufträge zu wählen.

²⁰⁸ *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 21.

²⁰⁹ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 1 (Fn 2).

²¹⁰ *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 769.

2) Sachlicher Anwendungsbereich

Der wettbewerbliche Dialog ist als ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge konzipiert. Daher ist für die Anwendung des wettbewerblichen Dialoges primär zu prüfen, ob das intendierte Vorhaben eine besondere Komplexität aufweist. Die VKR haben die Zulässigkeit der Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges jedoch zusätzlich an eine zweite Voraussetzung geknüpft: Die Vergabe des Auftrages darf gemäß Art 29 Abs 1 VKR aus der Sicht des Auftraggebers im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich sein. Es wird daher auch von der Subsidiarität des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem offenen wie dem nicht offenen Verfahren gesprochen. Diese ergibt sich aber auch schon aus Art 28 Abs 2 VKR, welcher besagt, dass die öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich Aufträge im offenen und nicht offenen Verfahren vergeben. Der wettbewerbliche Dialog ist damit diesen im europäischen Vergaberecht als gleichwertig betrachteten Vergabeverfahren untergeordnet.²¹¹ Dieses Unterordnungsverhältnis ergibt sich für das nationale Recht aus § 27 BVergG 2006, welcher den Auftraggeber nur zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung frei wählen lässt. Auf das Verhältnis des wettbewerblichen Dialoges zum Verhandlungsverfahren, welches ebenfalls dem offenen und nicht offenen Verfahren nachrangig ist, wird unter Punkt IV näher einzugehen sein.

Die in der VKR festgelegten Anwendungsvoraussetzungen hat der österreichische Gesetzgeber in § 34 Abs 1 BVergG 2006 beinahe wortgleich übernommen.²¹² Der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs wird somit auf europäischer wie auf nationaler Ebene durch eine objektive und eine subjektive Komponente bestimmt. Einerseits muss die Vergabe eines objektiv komplexen Auftrages bevorstehen und andererseits muss der Auftraggeber subjektiv ein offenes bzw. nicht offenes Verfahren als nicht ausreichend betrachten. Diese Voraussetzungen haben kumulativ vorzuliegen.²¹³

²¹¹ Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 289.

²¹² § 34 Abs 1 BVergG lautet: „Aufträge können im Wege des wettbewerblichen Dialoges vergeben werden, wenn 1. es sich um besonders komplexe Aufträge handelt und 2. die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich ist.“

²¹³ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 769.

Schließlich ist festzuhalten, dass der wettbewerbliche Dialog nach dem BVergG 2006 sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich Anwendung finden kann. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 34 BVergG 2006, welcher sich in einem Abschnitt²¹⁴ mit der Überschrift: „Wahl der Vergabeverfahren im Ober- und im Unterschwellenbereich“ befindet.

(a) Der besonders komplexe Auftrag

Primär stellt sich zunächst die Frage, was unter einem „*besonders komplexen Auftrag*“ zu verstehen ist. Da dieser Begriff dem Vergaberecht bislang fremd war und der Gefahr einer missbräuchlichen Anwendung des wettbewerblichen Dialogs entgegen gewirkt werden soll,²¹⁵ haben sowohl die VKR als auch das österreichische Bundesvergabegesetz den Begriff des besonders komplexen Auftrages näher ausgeführt. Gemäß § 34 Abs 2 BVergG 2006 ist ein Auftrag dann als besonders komplex anzusehen, wenn

„der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist,

1. die technischen Spezifikationen gemäß § 98 Abs. 2, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können, oder

2. die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens anzugeben.“

Wie schon zuvor bei der Umschreibung des Anwendungsbereiches ist auch hier auffallend, dass sich der österreichische Gesetzgeber sehr eng an die Formulierung der VKR hält.²¹⁶

Bereits bei wörtlicher Interpretation der Wortfolge „besonders komplexer Auftrag“ gelangt man zu dem Ergebnis, dass es sich bei derartigen Aufträgen nur um solche handeln kann, die aus mehreren Elementen zusammengefügt bzw. aus mehreren Facetten bestehen, wobei deren Interdependenz zu nicht auflösbaren

²¹⁴ 2. Teil, 2. Hauptstück, 2. Abschnitt BVergG 2006: „Wahl der Vergabeverfahren im Ober- und im Unterschwellenbereich“, §§ 27 – 36 BVergG 2006.

²¹⁵ Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 21.

²¹⁶ Art 1 Abs 11 lit c RL 18/2004/EG: Für die Zwecke des Rückgriffs auf das in Unterabsatz 1 genannte Verfahren gilt ein öffentlicher Auftrag als „besonders komplex“, wenn der öffentliche Auftraggeber — objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel gemäß Artikel 23 Absatz 3 Buchstaben b, c oder d 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.

Schwierigkeiten führt.²¹⁷ Das Vorliegen umfangreicher nicht auflösbarer Schwierigkeiten bei der Auftragskonzeption ist somit unabdingbare Voraussetzung für den Zugriff auf das Dialogverfahren. Die besondere Komplexität hat des Weiteren das Vorhaben in seinem gesamten Umfang zu betreffen, da sich ebenfalls aus der Wortauslegung ergibt, dass lediglich Schwierigkeiten in einem Teilbereich nicht ausreichend sind.²¹⁸

Der Definition des § 34 Abs 2 BVergG 2006 folgend ist zwischen technischer und finanzieller bzw. rechtlicher Komplexität zu unterscheiden. Bei dieser Aufzählung handelt es sich um eine taxative und sind deren Elemente eng auszulegen. Letzteres ergibt sich aus der bereits zuvor erwähnten Subsidiarität des wettbewerblichen Dialogs zum offenen und nicht offenen Verfahren. Da die Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialogs als Ausnahmefall konzipiert ist, sind auch folglich jene Merkmale, welche die Anwendbarkeit begründen, einer weiten Auslegung nicht zugänglich.²¹⁹

Von der besonderen Komplexität eines Auftrages kann auch dann gesprochen werden, wenn eine größere Anzahl verschiedener Lösungsmöglichkeiten in Betracht kommt, der Auftraggeber jedoch nicht in der Lage ist, die für ihn beste Lösung zu erkennen.²²⁰ Ebenso verhält es sich, wenn der Auftraggeber nicht imstande ist, abzuschätzen, welche verschiedenen Lösungsansätze der Markt zu bieten im Stande ist. In diesem Fall sind für den Auftraggeber die in Frage kommenden Lösungsmöglichkeiten nicht vorhersehbar und bewertbar. Dadurch kann er sich nicht im Vorfeld eines Vergabeverfahrens auf eine Lösungsmöglichkeit festlegen und diese seinen Ausschreibungsunterlagen zu Grunde legen.²²¹

Unter Heranziehung der im 31 Erwägungsgrund der VKR angeführten Anwendungsbeispiele, namentlich *bedeutende, integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke und Vorhaben mit einer*

²¹⁷ Vgl. *Duden*, Großes Fremdwörterbuch⁹, Mannheim-Leipzig, 545, *komplex*: a) vielschichtig, viele sehr verschiedene Dinge umfassend; b) zusammenhängend; c) allseitig, alles umfassend; *Brockhaus*, Deutsches Wörterbuch, Band 29, Leipzig-Mannheim 1999, 2201, *komplex*: zusammengesetzt, ineinander greifend, nicht auflösbar.

²¹⁸ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 218.

²¹⁹ *Knauff*, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 290.

²²⁰ *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 22.

²²¹ *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 249, 254.

komplexen und strukturierten Finanzierung liegt der Schluss nahe, dass der europäische Gesetzgeber geneigt ist, vor allem Großprojekte, welche mit hohen Kosten verbunden sind, unter den Begriff besonders komplexer Auftrag zu subsumieren.

(b) Die objektive Unmöglichkeit

Ein besonders komplexer Auftrag kann bei aller Schwierigkeit und allem Umfang des Projekts jedoch nur dann vorliegen, wenn es dem Auftraggeber objektiv unmöglich ist, eine hinreichend bestimmte Leistungsbeschreibung in technischer oder finanzieller bzw. rechtlicher Hinsicht mit der nötigen hinreichenden Bestimmtheit zu erstellen, er also die Mittel nicht bestimmen kann, die seinen Bedürfnissen gerecht werden können. Wann ist nun der Auftraggeber dazu *„objektiv nicht in der Lage“*? Dies bedarf näherer Erläuterung.

Vorweg ist festzuhalten, dass es sich bei der objektiven Unmöglichkeit der Angabe der Leistungsparameter nicht um eine objektive Unmöglichkeit im zivilrechtlichen Sinn²²² handeln kann. Mit einer besonderen Komplexität der Auftragsvergabe ist nicht gemeint, dass die Auftragskonzeption völlig unlösbar ist. Eine gegenteilige Ansicht würde den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs derart einschränken, dass die neue Vergabeverfahrensart in der Bedeutungslosigkeit versinken würde.²²³

Auch ist es nicht Intention des europäischen Richtliniengebers, die Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges nur dann zuzulassen, wenn eine Auftragskonzeptionierung selbst durch einen vorangehenden Wettbewerb zur Auftragskonkretisierung oder einen vorangestellten technischen Dialog²²⁴ nicht möglich ist.²²⁵

²²² Zur zivilrechtlichen Unmöglichkeit vgl: Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³, Band II, 45 ff.

²²³ Kolpatzik, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" – „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 284.

²²⁴ Näheres zum technischen Dialog siehe unter Punkt: II)B)3).

²²⁵ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 2.

Eine strenge Auslegung des Begriffspaares „objektive Unmöglichkeit“ nach dem Wortsinne würde wohl zum Ergebnis führen, dass der öffentliche Auftraggeber selbst durch umfassende Beratung durch Juristen, Ingenieure und Unternehmensberater nicht in die Lage versetzt werden kann, eine hinreichend bestimmte Auftragsbeschreibung verfassen zu können. Auch dieses Verständnis würde zu hohe Anforderungen an die Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges stellen, da eine derartige Konstellation wohl nur äußerst selten vorliegen würde. Es ist davon auszugehen, dass es für die Annahme einer objektiven Unmöglichkeit bereits ausreichend ist, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderlichen Angaben nur mit grob unverhältnismäßigem Aufwand tätigen kann.²²⁶

Daraus folgt, dass ein Auftraggeber schon dann „objektiv nicht in der Lage“ ist, wenn es ihm unter Berücksichtigung aller Umstände nicht anzulasten ist, dass er die Mittel für die Befriedigung seiner Bedürfnisse nicht angeben kann. Dies bedeutet konkret, dass der Auftraggeber unter tatsächlichem Zurückgreifen auf die ihm intern in der Vergabestelle zur Verfügung stehenden Aparate zur Auftragskonzeption nicht in der Lage ist. Es ist somit auf die subjektive Leistungsfähigkeit des konkreten Auftraggebers abzustellen. Davon wird jedoch ein subjektives Unvermögen bzw. ein fehlender Wille, sich die erforderlichen Informationen zu beschaffen, nicht umfasst.

Dieses subjektive Unvermögen hat jedoch einer objektiven Kontrolle durch einen Dritten standzuhalten. Beurteilungsmaßstab für eine objektive Unmöglichkeit der Auftragskonzeptionierung muss daher stets eine objektive dritte Person in der konkreten Situation des betreffenden öffentlichen Auftraggebers sein. Somit ist für die Beurteilung nicht die einzelne Vergabestelle bzw. der konkrete Sachbearbeiter selbst heranzuziehen, sondern auf den objektiven Dritten in der konkreten Situation des Auftraggebers abzustellen. Dies führt zu einer vergleichenden Betrachtung über die Möglichkeiten einer Vergabestelle anhand ihrer konkreten Erfahrungen und macht das Unvermögen des Auftraggebers einem objektiven Nachweis zugänglich.²²⁷ Daraus folgt, dass den Auftraggeber bei der Feststellung der

²²⁶ Ollmann/Kronberg, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, VergabeR 2005, 685, 688.

²²⁷ Kolpatzik, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" – „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 284.

besonderen Komplexität eines Auftrages eine Sorgfaltspflicht trifft, diese also nicht in der Hand oder im Ermessen des einzelnen öffentlichen Auftraggebers steht.²²⁸

Um den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialoges nicht zweckwidrig einzuschränken, sind an die Bemühungen des Auftraggebers, die er anzustellen hat, um sich das nötige Know-how für sein Vorhaben zu besorgen und in der Folge vollständige Ausschreibungsunterlagen erstellen zu können, keine erhöhten oder überzogenen Anforderungen zu stellen. So kann vor allem nicht gefordert werden, dass der Auftraggeber zunächst ein oft kostspieliges Sachverständigengutachten einholt, um die technischen Merkmale hinreichend bestimmen zu können.²²⁹ Nach gegenteiliger Ansicht²³⁰ sind jedoch – wohl unter Heranziehung der Auslegung nach dem Wortsinn – generell hohe Anforderungen an den Auftraggeber bei der Ermittlung der technischen, finanziellen bzw. rechtlichen Aspekte eines Vorhabens zu stellen. Daher habe sich der Auftraggeber auch des Fachwissens eines Sachverständigen zu bedienen, um eine vollständige Konzeptionierung des Auftrages zu erreichen. Das Verfahren des wettbewerblichen Dialoges sei nämlich nicht dafür geschaffen worden, um dem Auftraggeber die Belastungen der Auftragskonzeptionierung zu nehmen und sie auf teilnahmeinteressierte Unternehmen zu übertragen. Eine Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges käme daher lediglich bei Vorhaben mit hohem Investitionsbedarf bzw. mit unvorhersehbaren Risiken in Frage. Diese Sichtweise würde jedoch dem Sinn des neuen Vergabeverfahrens, nämlich in der Dialogphase das auf Unternehmerseite gegebene Fachwissen einfließen lassen zu können, zuwider laufen und ist daher als zu eng zu beurteilen.²³¹

Die Möglichkeit, externes Fachwissen im Dialogverfahren zu erlangen, soll jedoch nicht völlig die Sicht auf das Beiziehen von Sachverständigen zur Auftragskonzeptionierung verstellen. Die Lösung dieses Konflikts liegt wohl darin, die Kostenbelastung des Auftraggebers bei Heranziehung von Sachverständigen zur Konzeptionierung des Auftrages in Betracht zu ziehen und auf diese als Maßstab

²²⁸ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 2.

²²⁹ So zB: Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 2; Heiermann, Der wettbewerbliche Dialog, ZBR 2006, 766, 770.

²³⁰ So zB: *Knauff*, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 290. *Kolpatzik*, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" – „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 284.

²³¹ Vgl auch: *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 22.

abzustellen. Dabei kann zunächst das Verhältnis der vom Auftraggeber aufzuwendenden Kosten der Auftragskonzeptionierung zum Auftragsvolumen herangezogen werden. Je größer das Volumen, desto mehr Investitionen können dem Auftraggeber zugemutet werden. So sind wohl in der Regel Aufwendungen zur Konzeptionierung, welche 3 % des gesamten Auftragsvolumens überschreiten, dem Auftraggeber nicht mehr zuzumuten. Auch eine Gegenüberstellung der aufzuwendenden Kosten für die Auftragskonzeptionierung mit den voraussichtlichen Gesamtkosten des Vergabeverfahrens für den Auftraggeber ist hier von Interesse. In diesem Zusammenhang kann von einer 10 % Grenze ausgegangen werden.²³²

Abschließend ist auf § 36 BVergG 2006 hinzuweisen: *„Die für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens oder eines wettbewerblichen Dialoges maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten.“* Über diese gesetzlich auferlegte Pflicht hinausgehend trifft jedoch den Auftraggeber bei Anwendung des wettbewerblichen Dialoges – nicht zuletzt - aufgrund der Subsidiarität des Verfahrens gegenüber dem offenen wie nicht offenen Verfahren - eine erhöhte Dokumentationspflicht in Form einer nachvollziehbaren Begründung hinsichtlich der besonderen Auftragskomplexität. Daraus muss die objektive Lage des Auftraggebers ersichtlich sein, um die Nutzung des eingeschränkten Ermessens- und Beurteilungsspielraumes, der dem Auftraggeber in der Praxis zukommen muss, nachvollziehen und überprüfen zu können.²³³

(c) Die subjektive Einschätzung des Auftraggebers

Kommt der Auftraggeber zu dem Ergebnis, dass ein besonders komplexer Auftrag vorliegt und ist es ihm unmöglich, die Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse zu bestimmen, so muss er sich abschließend die Frage stellen, ob eine Vergabe des Auftrages dennoch in den vom europäischen Richtliniengeber primär zur Verfügung gestellten Vergabeverfahren, dem offenen und dem nicht offenen Verfahren, möglich ist. Dabei hat er eine Prognoseentscheidung zu treffen, ob die Vergabe des Auftrages in einem der Regelverfahren Erfolg versprechend ist. Es handelt sich also um eine subjektive Einschätzung des Auftraggebers, bei welcher ihm ein

²³² Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 22.

²³³ 1171 BlgNR XXII GP 49; Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 770.

Ermessensspielraum eingeräumt wird.²³⁴ Der Auftraggeber ist somit bei dieser Einschätzung nicht völlig frei, seine Entscheidung muss vielmehr dem Sinne des Gesetzes entsprechen, schlüssig und nachvollziehbar sein.²³⁵ Die gesetzgeberische Entscheidung, dem Auftraggeber bei der Beurteilung, ob ein offenes oder nicht offenes Verfahren möglich ist, ein subjektives Ermessen einzuräumen, ist insofern gerechtfertigt und konsequent, als auch der Auftraggeber selbst das Risiko eines Fehlschlagens der Ausschreibung bzw. deren Anfechtung zu tragen hat.²³⁶

Es ist davon auszugehen, dass in jenen Fällen, in welchen der Auftraggeber die Befriedigung seiner Bedürfnisse objektiv nicht konkretisieren kann, ihm in der Folge auch subjektiv eine Vergabe in einem der Regelverfahren nicht möglich ist. Ist das objektive Kriterium der Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges erfüllt, so ist auch die Erfüllung des zweiten, subjektiven Kriteriums zumindest indiziert.

Eine Umsetzung dieser zweiten, subjektiven Voraussetzung hätte daher in dieser Hinsicht unterbleiben können. Sie unterstreicht allerdings die schon oben unter Punkt II)D)2) thematisierte Subsidiarität des wettbewerblichen Dialoges gegenüber offenem und nicht offenem Verfahren.²³⁷ Aus dieser Subsidiarität kann jedoch abgeleitet werden, dass ein Auftraggeber nur dann einen wettbewerblichen Dialog anstrengen darf, wenn er sämtliche Methoden zur Leistungsbeschreibung (Einschaltung von Sachverständigen, funktionale Leistungsbeschreibung, etc.) für ungeeignet hält bzw. diese erschöpft sind. Es ist daher insbesondere bei der technischen Komplexität stets im Einzelfall zu prüfen, ob alternative Leistungsbeschreibungsmethoden nicht die Anwendung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens ermöglichen könnten.²³⁸ Dabei ist jedoch auf die Ausführungen unter Punkt II)B)2) zu verweisen, wonach den Anforderungen an den Auftraggeber in diesem Zusammenhang Grenzen gesetzt sind. Der deutsche Gesetzgeber hat dennoch bei der Umsetzung der VKR aus dem

²³⁴ *Knauff*, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, *VergabeR*, 2004, 287, 289.

²³⁵ Vgl. zum Ermessensspielraum von Verwaltungsbehörden: *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht², Wien 2003, 171 ff.

²³⁶ *Knauff*, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, *VergabeR*, 2004, 287, 296.

²³⁷ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, *NZBau* 2007, 216.

²³⁸ *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 115 ff., 196.

im Ansatz zuvor genannten Grund auf die Normierung dieser zweiten Anwendungsvoraussetzung verzichtet.²³⁹

(d) Die Regelbeispiele

(i) Die technische Komplexität

Auftragsvergaben gelten dann als besonders komplex, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, die technischen Spezifikationen, mit welchen seine Bedürfnisse erfüllt werden können, anzugeben.²⁴⁰ Für die europäische Kommission sind in dieser Hinsicht zwei Sachverhaltskonstellationen denkbar. Einerseits ist vorstellbar, dass der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist, die technischen Mittel zur Ausführung des Auftrages zu spezifizieren, andererseits besteht die Möglichkeit, dass es ihm objektiv unmöglich ist, unter mehreren Lösungsmöglichkeiten die für seine Bedürfnisse und Zielvorstellungen beste herauszufiltern.²⁴¹

Die erste Konstellation sollte jedoch in der Vergabepraxis eine Ausnahme darstellen, da etwa europäische Normen und technische Zulassungen ein ausreichendes Repertoire an Hilfsmitteln zur technischen Spezifizierung bieten, um selbst äußerst schwierige technische Vorhaben näher beschreiben zu können. Auch ist hier darauf hinzuweisen, dass es nicht ausreichend ist, wenn es lediglich nicht möglich ist, die technischen Spezifikationen bis ins letzte Detail zu beschreiben. Ist nämlich eine funktionale Leistungsbeschreibung möglich, bei welcher dem Bieter planerische Aufgaben übertragen werden, ist eine Vergabe im wettbewerblichen Dialog wohl nicht mehr möglich.²⁴²

Anders wird es sich jedoch bei Vorhaben verhalten, welche ein hohes Innovations- und Entwicklungspotential aufweisen bzw. die Beschaffung einer gänzlich neuen

²³⁹ Vgl § 6a (1) dVgV (deutsche Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, Vergabeverordnung, VgV): „Die staatlichen Auftraggeber können für die Vergabe eines Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrags oberhalb der Schwellenwerte einen wettbewerblichen Dialog durchführen, sofern sie objektiv nicht in der Lage sind, 1. die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder 2. die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.“

²⁴⁰ Vgl Art 1 Abs 11 lit c VKR, § 34 Abs 2 Z 1 BVergG 2006.

²⁴¹ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 3.

²⁴² Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 21.

Technologie zum Inhalt haben. Hier wird selbst ein durch Sachverständige beratener Auftraggeber die technischen Mittel zur Bedürfnisbefriedigung nicht zu definieren im Stande sein.²⁴³

Die zweite Konstellation sieht den Auftraggeber vor der unmöglichen Aufgabe, aus zahlreichen technischen Lösungsmöglichkeiten, die Lösung auszuwählen, die den eigenen Bedürfnissen am besten entspricht. In diese Kategorie fallen auch die im 31. Erwägungsgrund der VKR als Regelbeispiele für besonders komplexe Aufträge genannten integrierten Verkehrsinfrastrukturprojekte und umfangreichen Computernetzwerke.²⁴⁴ In diesem Zusammenhang werden in der Literatur auch Beispiele aus anderen Gebieten genannt. Danach könnten unter den Begriff „besonders komplex“ auch Auftragsvergaben in Zusammenhang mit einem flächendeckenden, satellitengestützten Mauterfassungssystem für Landfahrzeuge,²⁴⁵ Tunnel-, Brücken- und Hochbauwerke²⁴⁶ sowie individuelle Softwarekonzepte und komplexe Softwareprojekte subsumiert werden.²⁴⁷ Bei diesen und vergleichbaren Beschaffungsvorhaben ist jedoch stets im Einzelfall die besondere technische Komplexität vom Auftraggeber zu überprüfen.

(ii) Die finanzielle bzw. rechtliche Komplexität

Ein besonders komplexer Auftrag liegt auch dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die finanziellen bzw. rechtlichen Konditionen seines Vorhabens anzugeben.²⁴⁸ Ähnlich den Anforderungen an die technische Komplexität ist es auch in diesem Bereich nicht ausreichend, dass der Auftraggeber finanzielle bzw. rechtliche Details nicht angeben kann. Das Unvermögen des Auftraggebers muss sich hingegen auf das Vorgeben der gesamten finanziellen oder rechtlichen Struktur des Vorhabens beziehen. In rechtlicher Hinsicht ist an die Ausgestaltung der Risikoverteilung oder an die

²⁴³ *Lensdorf*, Die Vergabe von öffentlichen IT- und Outsourcing-Projekten, CR 2006, 138, 143.

²⁴⁴ Zur Vergabe von IT-Projekten im wettbewerblichen Dialog vgl: *Bischoff/Stoye*, Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK - Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets, MMR 2006, 138. *Lensdorf*, Die Vergabe von öffentlichen IT- und Outsourcing-Projekten, CR 2006, 138, 143.

²⁴⁵ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 219.

²⁴⁶ *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 768.

²⁴⁷ *Bischoff/Stoye*, Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK - Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets, MMR 2006, 138, 141.

²⁴⁸ Art 1 Abs 11 lit c VKR, § 34 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.

Festlegung der Vertragsdauer zu denken. In Bezug auf finanzielle Aspekte können Fragen der Finanzierungsverantwortung bzw. -organisation Anknüpfungspunkte einer besonderen Komplexität sein.²⁴⁹

Unter Bedachtnahme auf die Entstehungsgeschichte des wettbewerblichen Dialoges stößt man in Bezug auf eine finanzielle oder rechtliche Komplexität auf Privatisierungen und Public Private Partnership Vorhaben – Projekte. Letztgenannten Projekten soll ja nach der Intention des Richtliniengebers das neue Vergabeverfahren besonders gerecht werden.²⁵⁰ Bislang wurden PPP-Projekte mangels Verfahrensalternative in nahezu sämtlichen Fällen im Verhandlungsverfahren vergeben. Nun muss jedoch vom Auftraggeber die Anwendbarkeit und Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges als ernst zu nehmende Verfahrensalternative geprüft werden, wenn keine verlässliche Aussage über die Ausgestaltung eines PPP – Projektes und von Privatisierungen in rechtlicher und finanzieller Hinsicht gemacht werden kann.²⁵¹

Auf die Vergabe von PPP-Projekten im wettbewerblichen Dialog wird unten unter Punkt II)F) näher einzugehen sein.

E) Das Verfahren

1) Die anwendbaren Bestimmungen des BVergG 2006

§ 159 (1) BVergG 2006 stellt klar, dass auf den wettbewerblichen Dialog nur die in diesem Absatz taxativ aufgezählten Bestimmungen Anwendung finden:

Für die Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnitts, der 1. Teil, die §§ 3 bis 6, 9, 10, 19, 20 Abs. 2 und

²⁴⁹ Kolpatzik, „Berater als Bieter“ vs. „Bieter als Berater“, „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 287.

²⁵⁰ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 3; Grünbuch der Europäischen Kommission, „zu Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“, KOM (2004) 327 endg vom 30.04.2004, 3, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:DE:PDF>).

²⁵¹ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 852.

3, 25 Abs. 9, 34, 36, 43 bis 50, 52 bis 59, 62 bis 64, 67 bis 78, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften, auf die in diesem Abschnitt verwiesen wird.

Bei diesen Bestimmungen handelt es sich im besonderen um den Regelungsgegenstand des BVergG 2006 und die Begriffsbestimmungen (1.Teil), den persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 und die Auftragsarten (Bau-, Liefer- sowie Dienstleistungsaufträge, §§ 3 - 6), die Grundsätze des Vergabeverfahrens und die allgemeinen Bestimmungen über Bewerber und Bieter (§§ 19, 20), Bestimmungen betreffend die Durchführung von Vergabeverfahren und deren Bekanntmachung (§§ 43 – 50 und §§ 52 – 59 und §§ 62 – 64), Regelungen betreffend die Eignung von Bewerbern (§§ 67 – 78), den Rechtsschutz (4.Teil), die außerstaatliche Kontrolle und zivilrechtliche Bestimmungen (5.Teil) und um die Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen (6.Teil).

2) Die Einleitung des wettbewerblichen Dialoges

(a) Die Bekanntmachung

Liegt ein besonders komplexer Auftrag vor und beabsichtigt der Auftraggeber, diesen im wettbewerblichen Dialog zu vergeben, so hat er dies ausnahmslos europaweit bekanntzumachen. Diese europaweite Bekanntmachung erfolgt durch Einstellung auf der Website www.ted.europa.eu (Tenders Electronic Daily), einem Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. Es ist zu diesem Zweck das neue Standardformular zu verwenden, welches mit der Verordnung (EG) 1564/2005,²⁵² welcher es im Anhang angefügt ist, eingeführt wurde.²⁵³ Aus dem Standardformular ist auch der Inhalt der Bekanntmachung ableitbar und geht aus diesem hervor, dass die Bekanntmachung notwendige (obligatorische) Angaben enthalten muss, darüber hinaus aber noch zusätzliche (fakultative) Informationen mitteilen kann.²⁵⁴ Zudem wird der notwendige Inhalt einer Bekanntmachung in Anhang VII der VKR detailliert

²⁵² Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 7. September 2005 „zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates“, ABl L 257/1 vom 01.10.2005.

²⁵³ Ollmann/Kronberg, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, VergabeR 2005, 688.

²⁵⁴ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepraxis, NZBau 2007, 216, 220.

aufgelistet. Für das österreichische Recht regelt § 160 BVergG 2006 den Inhalt von Bekanntmachungen wettbewerblicher Dialoge. Dieser lautet:

(1) Der Auftraggeber hat in der Bekanntmachung des wettbewerblichen Dialogs gemäß § 46²⁵⁵ seine Bedürfnisse und Anforderungen zu formulieren.

(2) Die Bekanntmachung hat darüber hinaus jedenfalls die folgenden Angaben zu enthalten:

- 1. die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der Teilnehmer;*
- 2. die Eignungs- und Auswahlkriterien;*
- 3. die Festlegung, ob der Dialog in mehreren Phasen abgewickelt wird und ob die Zahl der zu erörternden Lösungen in den einzelnen Phasen reduziert wird;*
- 4. eine nähere Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers;*
- 5. die Zuschlagskriterien;*
- 6. ob Prämien oder Zahlungen für die Teilnehmer am Dialog erfolgen sollen.*

Die in den Z 4 bis 6 vorgesehenen Angaben können abweichend davon auch in einer Beschreibung gemäß Abs. 9 enthalten sein.

§ 160 BVergG 2006 legt obligatorische und fakultative Inhaltsanforderungen an Bekanntmachungen von wettbewerblichen Dialogen fest. Während nämlich § 160 Abs 1 und Abs 2 Z 1 bis 3 BVergG 2006 obligatorische Informationen aufzählen, handelt es sich bei den Angaben nach § 160 Abs 2 Z 4 bis 6 BVergG 2006 unter Berücksichtigung von § 160 Abs 2 letzter Satz um fakultative Informationen, welche jedoch zwingend spätestens in der Beschreibung²⁵⁶ der Leistung bekannt gegeben werden müssen. Dieser Regelungsweise, welche der VKR entnommen ist,²⁵⁷ liegt der Gedanke zu Grunde, dass man es dem Auftraggeber überlassen möchte, welche Informationen sinnvoll und erforderlich sind, um einem Unternehmen die Entscheidung für die Abgabe eines Teilnahmeantrages zu ermöglichen. Auch wird dadurch der Tatsache Rechnung getragen, dass es in den meisten Fällen äußerst schwierig bis unmöglich sein dürfte, bereits zu Beginn des Verfahrens die

²⁵⁵ § 46 Abs 1 Z 6 BVergG 2006: Bekannt zu machen sind: „die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages im Wege eines wettbewerblichen Dialoges.“

²⁵⁶ Vgl. zur Beschreibung unten Punkt II(E)2)c).

²⁵⁷ Vgl Art 29 Abs 2 VKR: „Die öffentlichen Auftraggeber veröffentlichen eine Bekanntmachung, in der sie ihre Bedürfnisse und Anforderungen formulieren, die sie in dieser Bekanntmachung und/oder in der Beschreibung näher erläutern.“

Zuschlagskriterien ohne nähere Kenntnis über die genauere Ausgestaltung des Auftragsgegenstandes anzugeben. Dies wird selbst in der späteren Beschreibung eine große Herausforderung für den Auftraggeber darstellen.²⁵⁸ Außerdem soll es dem Auftraggeber ermöglicht werden, nähere Informationen über die zu vergebende Leistung nur den tatsächlich für das intendierte Projekt geeigneten Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

Soll also auf der einen Seite die Bekanntmachung vor Überlastung geschützt werden, besteht jedoch auf der anderen Seite die Gefahr, dass sie bei zu geringer Informationsdichte das Interesse nur weniger Unternehmen erwecken könnte. Zweck des wettbewerblichen Dialoges ist jedoch gerade ein Wettbewerb einer größtmöglichen Zahl qualifizierter und spezialisierter Unternehmen. Da es jedoch bei besonders komplexen Aufträgen, bei denen die Anwendung des wettbewerblichen Dialoges geboten erscheint, ohnehin in den häufigsten Fällen nicht möglich sein wird, eine umfassende Angabe der Anforderungen und Bedürfnisse zu geben, ist davon auszugehen, dass der öffentliche Auftraggeber von einer zusätzlichen Beschreibung nicht absehen können wird.²⁵⁹

Ungeachtet dieser Problematik hat der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung seine „*Bedürfnisse und Anforderungen*“²⁶⁰ darzulegen, bilden sie doch den „materiellen Kern“ dieser Veröffentlichung. Was darunter genau zu verstehen ist, ist weder in der VKR noch im BVergG 2006 definiert. Fraglich ist daher, inwieweit es sich bei diesem Begriffspaar um zwei streng voneinander zu unterscheidende Begriffe handelt oder ob es lediglich ein Synonym für ein bestimmtes staatliches Verlangen ist. Für eine Trennung der Begriffsinhalte spricht, dass „*Anforderungen*“ als für die Eignungsprüfung herangezogene unternehmerische „Mindestanforderungen“ betrachtet werden können, während die „*Bedürfnisse*“ als leistungsbezogene Merkmale ausgelegt werden können.²⁶¹ Für eine Trennung der Begriffe „*Bedürfnisse und Anforderungen*“ spricht zudem eine systematische

²⁵⁸ Vgl. zur Problematik der Festlegung von Zuschlagskriterien im Verfahren des wettbewerblichen Dialoges unten Punkt II)E)3)d).

²⁵⁹ Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 292.

²⁶⁰ § 160 Abs 1 BVergG 2006.

²⁶¹ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 220.

Auslegung der VKR welche den Begriff „*Bedürfnisse*“²⁶² auch einzeln verwendet, ohne ihn mit dem Begriff „*Anforderungen*“ zu koppeln. Im Gegensatz dazu spricht der österreichische Gesetzgeber²⁶³ stets von den „*Bedürfnissen und Anforderungen*“ des Auftraggebers, zieht die Koppelung dieser Begriffe also konsequent durch, was zum Ergebnis führt, dass für die österreichische Rechtslage wohl die zweite Auffassung zutreffender ist.

In dem noch frühen Stadium des Verfahrens kann diese Erläuterung der Bedürfnisse und Anforderungen nur allgemeiner Natur sein. Darauf verweisen auch die Gesetzesmaterialien zu § 160 BVergG, nach welchen es dem Auftraggeber offen gelassen werden soll, auf Änderungen eingehen zu können, die sich im Zuge der Dialogphase ergeben, ohne dass er dafür formelle Berichtigungen vornehmen muss.²⁶⁴ Ausreichend ist, dass die Erläuterung so umfangreich ist, dass ein teilnahmeinteressierter Unternehmer genügend Informationen erhält, um seine Erfolgschancen bei einer Bewerbung um Teilnahme am Dialogverfahren abschätzen zu können.²⁶⁵

Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Auftraggeber über bloße Zielvorgaben und grobe Umriss des Projektes hinaus in einzelnen Punkten der Bekanntmachung bestimmte Anforderungen an die Leistung eindeutig und verbindlich festlegt. Es besteht insbesondere die Möglichkeit, dass der Auftraggeber die rechtlichen und/oder finanziellen Konditionen des Vorhabens genau definiert und festlegt, sodass das Dialogverfahren lediglich die technische Umsetzung des Vorhabens betrifft oder umgekehrt. In diesen Fällen wäre daher eine zumindest in Teilen punktuelle Festlegung der Anforderungen und Bedürfnisse des Auftraggebers bereits in der Bekanntmachung sogar unbedingt erforderlich.²⁶⁶

Aufgrund der zentralen Bedeutung, die der Darstellung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers in der Bekanntmachung zukommt, vertreten

²⁶² Vgl Art 29 Abs 3 und Abs 5 VKR.

²⁶³ Vgl § 161 Abs 1 und Abs 6 BVergG 2006.

²⁶⁴ 1171 BlgNR XXII GP 100.

²⁶⁵ Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 292.

²⁶⁶ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 452.

Pünder/Franzius²⁶⁷ die Ansicht, dass bezüglich dieses Teiles der Bekanntmachung für den Auftraggeber kein Wahlrecht bestehe, diese in der vor Dialogaufnahme größtmöglichen Bestimmtheit bereits in der Bekanntmachung und nicht erst in der Beschreibung zu veröffentlichen. Die der VKR zu Grunde liegenden Prinzipien der Transparenz und Gleichbehandlung²⁶⁸ würden zudem vom Auftraggeber verlangen, sämtliche bekannten und definierbaren Vorstellungen das zu vergebende Projekt betreffend bereits in der Bekanntmachung anzugeben. Es bestünde also für den Auftraggeber ein Zurückhaltungsverbot von Informationen, die für eine zuverlässige Darstellung des Leistungsgegenstandes erforderlich sind. Dieser Ansicht ist zu folgen, da den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung insbesondere in einem flexiblen Vergabeverfahren wie dem wettbewerblichen Dialog erhöhte Bedeutung zukommen muss.

(b) Der Teilnehmerwettbewerb

Auf die europaweite Bekanntmachung folgt die so genannte *Auswahlphase* bzw. der Teilnahmewettbewerb. Dieser Phase des Vergabeverfahrens kommt bereits entscheidende Bedeutung zu. Beim wettbewerblichen Dialog liegt die Bedeutung der Auswahl der Dialogteilnehmer nicht nur darin, Unternehmen auszuwählen, die eine optimale Leistungserbringung gewährleisten, sondern darüber hinaus jene herauszufiltern, die in der Lage sind, an der Vertragsgestaltung und der Ausarbeitung der bestmöglichen technischen oder finanziellen bzw. rechtlichen Lösung mit dem Auftraggeber in der Dialogphase mitzuwirken.²⁶⁹

Um am Verfahren teilnehmen zu können, müssen interessierte Unternehmen innerhalb der in der Bekanntmachung anzugebenden Frist Teilhmeanträge abgeben. Diese Frist hat gemäß § 59 BVergG 2006 mindestens 37 Tage zu umfassen, kann jedoch unter Einhalten der Erfordernisse des § 62 BVergG 2006²⁷⁰ auf 30 Tage reduziert werden.

²⁶⁷ Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20.

²⁶⁸ Vgl. Art 2 VKR.

²⁶⁹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 772.

²⁷⁰ § 62. BVergG 2006 lautet: „(1) Sofern Bekanntmachungen unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars elektronisch erstellt und auf elektronischem Weg nach den vom Bundeskanzler gemäß § 50 kundgemachten Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen übermittelt werden, können

1. im offenen Verfahren die reguläre Angebotsfrist (§ 60 Abs. 1) oder die verkürzte Angebotsfrist (§ 61) sowie

Unternehmen, welche fristgerecht Teilnahmeanträge eingebracht haben, sind vom Auftraggeber gemäß den einschlägigen Bestimmungen der §§ 68 bis 77 BVergG 2006 auf Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu überprüfen.²⁷¹ Es handelt sich um eine genaue Umsetzung der Richtlinienvorschriften. Auch Art 29 Abs 3 VKR verweist auf die, die Auswahl der Bewerber regelnden Bestimmungen der Art 44 bis 52 VKR. Zu dieser Prüfung sind die in der Bekanntmachung angegebenen Eignungs- und Auswahlkriterien heranzuziehen. In der Praxis wird es allerdings keine leichte Aufgabe für den Auftraggeber darstellen, ohne Kenntnis der technisch bzw. wirtschaftlich besten Lösung, sinnvolle Kriterien für die Eignung der Bieter festzulegen. Dies umso mehr als die Eignungsvoraussetzungen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen und in angemessenem Verhältnis zu diesem stehen sollen. Von der im Erstvorschlag zur VKR vorgesehenen zweiten Eignungsprüfung nach Beendigung der Dialogphase,²⁷² welche dieses Problem entschärfen hätte können, wurde im fortgesetzten Gesetzgebungsverfahren allerdings wieder Abstand genommen. Ein Unternehmen, das erhebliche Aufwendungen in das Dialogverfahren investiert hat und einen Lösungsvorschlag ausgearbeitet hat, soll nicht in einer nachträglich durchgeführten Eignungsprüfung aus dem Verfahren ausscheiden müssen.²⁷³

Bei der Auswahl geeigneter Bewerber hat der öffentliche Auftraggeber nicht nur die einschlägigen Bestimmungen betreffend die Eignungsprüfung zu beachten, sondern auch jene der Abs 6 bis 8 des § 160 BVergG 2006 zu berücksichtigen. Diese schreiben vor, dass sich die Anzahl der einzuladenden Teilnehmer an der zu vergebenden Leistung zu orientieren hat. Gemeint ist wohl, dass sich mit steigender Größe und Komplexität des Vorhabens auch die Zahl der Teilnehmer erhöhen soll. Da stets ein echter Wettbewerb zu gewährleisten ist, sind jedenfalls zumindest drei Bewerber zur Teilnahme am Dialog einzuladen.²⁷⁴ Finden sich jedoch weniger als drei Bewerber bzw. weniger Bewerber als vom Auftraggeber in der Bekanntmachung

2. im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und beim wettbewerblichen Dialog die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren (§ 59) um sieben Tage verkürzt werden.“

²⁷¹ Vgl § 160 Abs 4 BVergG 2006.

²⁷² Art 30 Abs 7 Erstvorschlag (FN 156).

²⁷³ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 452.

²⁷⁴ Vgl § 160 Abs 6 BVergG 2006.

angegeben, so kann er das Dialogverfahren auch mit einer entsprechend geringeren Anzahl durchführen.²⁷⁵ Für den Fall, dass sich mehr Unternehmen um die Teilnahme bewerben, so kann der Auftraggeber unter den für geeignet befundenen Unternehmen, die nach seiner Ansicht für eine Teilnahme am Dialog am besten geeigneten auswählen.²⁷⁶

Bei der Prüfung der Eignung von Unternehmen handelt es sich größtenteils um einen wertenden Vorgang, dem Auftraggeber ist daher ein diesbezüglicher Beurteilungsspielraum einzuräumen. Dies auch deswegen, weil er eine Prognoseentscheidung bezüglich der Leistungsfähigkeit der Unternehmen in Bezug auf das konkrete Vorhaben zu treffen hat.²⁷⁷ Dieser Beurteilungsspielraum zeichnet sich durch eine objektive und eine subjektive Komponente aus. Einerseits kann objektiv festgestellt werden, ob ein Bewerber die Eignungskriterien erfüllt, andererseits ist die subjektive Ansicht des Auftraggebers zu berücksichtigen, welches Unternehmen am besten seine Anforderungen und Bedürfnisse erfüllen können wird.²⁷⁸ Um trotzdem ein Mindestmaß an Anfechtungsmöglichkeit für als nicht geeignet qualifizierte Unternehmen zu gewährleisten, legt § 160 Abs 5 BVergG 2006 fest, dass eine detaillierte Niederschrift über die Gründe der Zulassung bzw. Ablehnung von Bewerbern anzulegen ist. Die Entscheidung des Auftraggebers darf also keineswegs unbegründet sein.²⁷⁹

Die vom öffentlichen Auftraggeber nach durchgeführter Prüfung für geeignet befundenen Bewerber sind von diesem schließlich gleichzeitig und schriftlich zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog aufzufordern.²⁸⁰

(c) Die Beschreibung

Der Aufforderung zur Teilnahme ist eine detailliertere Beschreibung der Anforderungen und Bedürfnisse beizulegen. Diese soll die in der Bekanntmachung enthaltenen Informationen ergänzen bzw die in der Bekanntmachung vorbehaltenen

²⁷⁵ Vgl § 160 Abs 8 BVergG 2006.

²⁷⁶ Vgl § 160 Abs 7 BVergG 2006.

²⁷⁷ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 772.

²⁷⁸ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 221.

²⁷⁹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 772.

²⁸⁰ § 160 Abs 9 BVergG 2006.

Informationen nach den Z 4 bis 6 des § 160 Abs 2 BVergG 2006 nachliefern. Im Unterschied zur Bekanntmachung ist sie jedoch nicht allgemein zugänglich, sondern den ausgewählten Unternehmen vorbehalten. Diese erhalten die Beschreibung gemeinsam mit der Aufforderung zur Teilnahme an der Dialogphase.²⁸¹

Bei dieser näheren Beschreibung ist noch nicht jene genaue Determinierung des Auftrages wie bei endgültigen Ausschreibungsunterlagen erforderlich.²⁸² Wenn die Europäische Kommission in ihren Erläuterungen diese Beschreibung mit den aus dem deutschen Vergaberecht bekannten „Verdingungsunterlagen“ (im BVergG 2006: „Ausschreibungsunterlagen“²⁸³) vergleicht,²⁸⁴ kann nur eine Erstfassung der Ausschreibungsunterlagen gemeint sein.²⁸⁵ Die Bezeichnung „Beschreibung“ würde andernfalls ins Leere laufen, soll sie doch zum Ausdruck bringen, dass sie einen geringeren Grad an Detailliertheit als übliche Ausschreibungsunterlagen aufweist.²⁸⁶ Allein aufgrund der Teilnahmeanträge der Bewerber, hat der Auftraggeber noch nicht jene Informationen erhalten, die zu deren genaueren Determinierung erforderlich sind. Diese Determinierung ist vielmehr erst nach der Dialogphase umzusetzen, in der sich der Auftraggeber die dafür erforderlichen Informationen verschaffen soll. Die Beschreibung hat jedoch alle Informationen zu enthalten, die für die Durchführung des Verfahrens und des Vorhabens notwendig sind.²⁸⁷ Auf ihrer Grundlage erstellen die zur Teilnahme am Dialog aufgeforderten Unternehmer ihre Lösungsvorschläge, die sie zu Beginn der Dialogphase einreichen müssen und die den Ausgangspunkt der Verhandlungen in der folgenden Dialogphase darstellen.²⁸⁸

²⁸¹ Siehe sogleich unter Punkt II)E)3).

²⁸² *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, *VergabeR* 2006, 451, 453.

²⁸³ Vgl § 80 BVergG 2006.

²⁸⁴ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 4.

²⁸⁵ *Lessiak*, Wettbewerblicher Dialog, *Skriptum Jahresforum* 2006, 288, 297.

²⁸⁶ Vgl dazu: *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, *VergabeR* 2007, 298, 300.

²⁸⁷ *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, *ZfBR* 2005, 766, 772.

²⁸⁸ 1171 BlgNR XXII GP 101.

3) Die Dialogphase

(a) Allgemeines

Die Dialogphase stellt das „Herzstück“²⁸⁹ und gleichzeitig die bedeutendste und „herausragendste normative Neuerung“²⁹⁰ des neuen Vergabeverfahrens dar. Dies deshalb, da sie nun umfassende Verhandlungen zwischen den Unternehmen und dem Auftraggeber innerhalb eines Angebotsverfahrens Raum bietet. Bislang waren Unternehmen, welche an der Ausarbeitung von Auftragsbedingungen beteiligt waren, um Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen, in der Regel von der Teilnahme am anschließenden Vergabeverfahren ausgeschlossen.²⁹¹ In der Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs wird diese Ausgrenzung vermieden.

(b) Exkurs: Die Projektantenproblematik

Unternehmen, welche dem Auftraggeber zunächst bei Vorbereitungsarbeiten für ein Vergabeverfahren hilfreich zur Seite stehen und beim anschließenden Vergabeverfahren selbst als Bieter auftreten, werden als Projektanten bezeichnet. Das entscheidende Merkmal für die Projektanteneigenschaft ist, dass eine beratende Unterstützung im Vorfeld des Vergabeverfahrens stattgefunden hat und diese während der Laufzeit des Verfahrens abgeschlossen ist. Davon abzugrenzen sind jene Unternehmen, welche ein Auftraggeber erst während eines bereits laufenden Vergabeverfahrens konsultiert.²⁹² Die Projektanten haben sich daher mit dem zu vergebenden Auftrag bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens intensiv befasst. Der Umgang mit diesen stellt eines der umstrittensten Probleme im Vergaberecht dar.²⁹³

Ursprünglich wurde die Auffassung vertreten, dass aufgrund des Diskriminierungsverbots bzw. des Gleichbehandlungsgebotes eine Teilnahme von Projektanten am Vergabeverfahren unzulässig sei. Dies wurde damit begründet, dass der durch die Vorarbeiten der Projektanten erworbene Wettbewerbsvorteil im

²⁸⁹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 773.

²⁹⁰ Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 292.

²⁹¹ Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20.

²⁹² Kolpatzik, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" - Projektanten und wettbewerblicher Dialog als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279.

²⁹³ Müller-Wrede/Lux, Die Behandlung von Projektanten im Vergabeverfahren, ZfBR 2006, 327.

Laufe des Vergabeverfahrens von den übrigen Bewerbern nicht mehr aufzuholen sei. Der Wettbewerbsvorteil der Projektanten liege dabei in deren überlegenem Wissen und Kenntnis über die Einzelheiten des Auftrags, insbesondere in der Kenntnis von preisbildenden Faktoren. Das Vergabeverfahren sei daher bei einer Beteiligung von Projektanten als Bieter von Beginn weg als unfair anzusehen.²⁹⁴

Dieser Ansicht widersprach jedoch der EuGH in seiner Entscheidung *Fabricom*.²⁹⁵ In dieser stellt der Gerichtshof klar, dass die Vornahme von Vorarbeiten durch Projektanten zwar grundsätzlich die potentielle Gefahr der Wettbewerbsverzerrung mit sich bringe, daraus jedoch nicht der pauschale Ausschluss von Projektanten am folgenden Vergabeverfahren gefolgert werden dürfe. Dies hätte nämlich die mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zu vereinbarende Folge, dass dem Projektanten zu Unrecht die Möglichkeit genommen werde, die Vermutung, seine Teilnahme als Bieter würde zu Wettbewerbsverzerrungen führen, zu widerlegen.²⁹⁶ Zu fragen ist also, unter welchen Voraussetzungen ein Projektant keine Gefahr für die Fairness des Wettbewerbs unter den Bietern hervorruft bzw. welche Maßnahmen ein Auftraggeber ergreifen kann, um der Gefahr der Wettbewerbsverzerrung entgegen zu wirken.

Primäre Aufgabe des Auftraggebers muss es in diesem Zusammenhang sein, sämtliche Vorkehrungen zu treffen, um die evidenten Wettbewerbsvorteile des Projektanten gegenüber den anderen Bietern zu nivellieren.²⁹⁷ Der Auftraggeber hat daher die Projektantenleistungen genauestens zu dokumentieren, um die eingetretenen Verzerrungen definiert umreißen zu können. Dies gibt dem Auftraggeber die Möglichkeit, den Nachweis zu erbringen, dass seine Führung des Vergabeverfahrens geeignet war, die Vorteile des Projektanten auszugleichen. Des Weiteren hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass auftragsspezifische Informationen, welche der Projektant in der Vorbereitungsphase erhält, von diesem vertraulich behandelt werden. Dies soll verhindern, dass vertrauliche Informationen

²⁹⁴ *Bischof/Stoye*, Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK-Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets. MMR 2006, 138, 143.

²⁹⁵ EuGH vom 03.03.2005, Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*.

²⁹⁶ *Kolpatzik*, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" - Projektanten und wettbewerblicher Dialog als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 281.

²⁹⁷ *Uechtritz/Ottmig*, Das "ÖPP – Beschleunigungsgesetz": Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, 1105, 1107.

unkontrolliert an Dritte weitergeben werden, welche später als Bieter im Vergabeverfahren ebenfalls von wettbewerbsverzerrenden Vorsprüngen profitieren könnten. Auch ist es erforderlich, dass der Auftraggeber die Ergebnisse der Leistungen des Projektanten den anderen Bietern zur Verfügung stellt, um diese auf schnellst möglichem Weg auf den Wissensstand des Projektanten zu bringen. Zuletzt sind für das Einreichen der Angebote ausgiebige Fristen vorzusehen, damit zu dem Wissensvorsprung des Projektanten nicht auch ein zeitlicher Vorteil hinzukommt.²⁹⁸ Festzuhalten ist auch, dass der Projektant als Voraussetzung seiner Teilnahme die Ausschreibungsunterlagen und Bedingungen nicht auf die Gegebenheiten seines eigenen Unternehmens abgestellt hat.²⁹⁹

Trotz dieser vom Auftraggeber zu treffenden Vorkehrungen wird es wohl in der Praxis nicht vollständig gelingen, den Wissensvorsprung des Projektanten derart zu nivellieren, dass von einem in allen Belangen fairen Wettbewerb gesprochen werden kann. Die Insiderkenntnisse des Projektanten lassen diesen über ein umfangreiches Hintergrundwissen verfügen, das unmöglich den anderen Bietern zur Verfügung gestellt werden kann. Da somit ein fairer Wettbewerb unter den Teilnehmern nicht gewährleistet werden kann, wird es wohl auch in Zukunft zu einem Ausschluss des Projektanten vom Vergabeverfahren kommen.³⁰⁰ In Anbetracht der oben zitierten Rechtssprechung des EuGH ist aber dennoch stets im Einzelfall zu prüfen, ob die Wettbewerbsvorteile des Projektanten auf ein Maß reduziert werden können, das keinen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip erwarten lässt.

Hingegen ist es ein Wesensmerkmal des wettbewerblichen Dialoges, dass privates, unternehmerisches Wissen in die Definition des Auftragsgegenstandes einfließt. Da im wettbewerblichen Dialog sämtliche Teilnehmer die Möglichkeit erhalten, sich bei dieser Definition einzubringen, stellt sich die Projektantenproblematik in diesem Vergabeverfahren nicht.³⁰¹ Dies stellt eine wesentliche Neuerung für das Vergabeverfahren und einen der bedeutendsten Vorteile des wettbewerblichen Dialoges gegenüber den klassischen Vergabeverfahren dar.

²⁹⁸ *Müller-Wrede/Lux*, Die Behandlung von Projektanten im Vergabeverfahren, ZfBR 2006, 327, 328.

²⁹⁹ *Kolpatzik*, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" - Projektanten und wettbewerblicher Dialog als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 281f.

³⁰⁰ *Bischoff/Stoye*, Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK - Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets. MMR 2006, 138, 144.

³⁰¹ *Müller-Wrede/Lux*, Die Behandlung von Projektanten im Vergabeverfahren, ZfBR 2006, 327, 329.

Doch spielt die Projektantenproblematik beim wettbewerblichen Dialog in einem anderen Zusammenhang eine Rolle. Bei der Frage, ob es dem Auftraggeber objektiv unmöglich ist, Ausschreibungsunterlagen gemäß den allgemeinen Grundsätzen zu erstellen, ist abzuwägen, ob eine Beschaffung des nötigen Wissens nicht auch effektiv und ökonomisch durch das Beiziehen von Projektanten möglich ist.³⁰²

(c) Der Ablauf der Dialogphase

Ziel der Dialogphase ist die genaue Konzeptionierung des Auftrages, d.h. jene Mittel festzustellen, die die Anforderungen und Bedürfnisse des Auftraggebers bestmöglich erfüllen.³⁰³ Daher wird die Dialogphase vom Auftraggeber geleitet und gestaltet.³⁰⁴

Da die Dialogphase also den zentralen Abschnitt der Vergabeverfahrensart „wettbewerblicher Dialog“ darstellt, sollen vorweg die diese regelnden Bestimmungen der VKR und des BVergG 2006 dargestellt werden:

Art 29 Abs 3 ff VKR lauten: *(3) Die öffentlichen Auftraggeber eröffnen mit den nach den einschlägigen Bestimmungen der Artikeln 44 bis 52 ausgewählten Bewerbern einen Dialog, dessen Ziel es ist, die Mittel, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen. Bei diesem Dialog können sie mit den ausgewählten Bewerbern alle Aspekte des Auftrags erörtern.*

Die öffentlichen Auftraggeber tragen dafür Sorge, dass alle Bieter bei dem Dialog gleich behandelt werden. Insbesondere enthalten sie sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten.

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines teilnehmenden Bewerbers nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben.

(4) Die öffentlichen Auftraggeber können vorsehen, dass das Verfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung

³⁰² Kolpatzik, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" - Projektanten und wettbewerblicher Dialog als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279. Siehe dazu auch oben unter Punkt II)E)3)b).

³⁰³ Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 292.

³⁰⁴ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 773.

oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In der Bekanntmachung oder in der Beschreibung ist anzugeben, ob diese Möglichkeit in Anspruch genommen wird.

(5) Der öffentliche Auftraggeber setzt den Dialog fort, bis er - erforderlichenfalls nach einem Vergleich - die Lösung bzw. die Lösungen ermitteln kann, mit denen seine Bedürfnisse erfüllt werden können.

(6) Nachdem die öffentlichen Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen erklären und die Teilnehmer entsprechend informiert haben, fordern sie diese auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot einzureichen. Diese Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten.

In Umsetzung dieser Vorschriften regelt § 161 BVergG 2006 die Dialogphase:

(1) Der Auftraggeber führt mit den Teilnehmern einen Dialog mit dem Ziel, die Lösung oder die Lösungen zu ermitteln, mit der oder mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Bei diesem Dialog kann der Auftraggeber mit den Teilnehmern alle Aspekte des Auftrags erörtern und gegebenenfalls auf Grund der Erörterungen die Beschreibung seiner Bedürfnisse und Anforderungen anpassen. Sofern die Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers angepasst wird, ist dies allen Teilnehmern am Dialog bekannt zu geben.

(2) Der Auftraggeber hat sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Teilnehmer gegenüber anderen begünstigt werden könnten.

(3) Im Zuge dieses Dialogs erörtert der Auftraggeber mit jedem Teilnehmer nur die von diesem vorgelegte Lösung oder die von diesem vorgelegten Lösungen. Lösungen anderer Teilnehmer dürfen nur unter der Voraussetzung des Abs. 4 in die Erörterung einbezogen werden.

(4) Der Auftraggeber darf Lösungen, Teile von Lösungen oder vertrauliche Informationen eines Teilnehmers nur mit dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben.

(5) Wenn der Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch macht, das Verfahren in mehreren aufeinander folgenden Phasen abzuwickeln, dann kann er die Zahl der zu

erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien während der Dialogphase verringern. Der Auftraggeber hat die Teilnehmer, deren Lösung nicht weiter berücksichtigt wird, von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche nach Abschluss der jeweiligen Phase unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung zu verständigen. Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würde.

(6) Der Auftraggeber setzt den Dialog so lange fort, bis er die Lösung oder die Lösungen ermittelt hat, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse und Anforderungen am besten geeignet ist oder sind. Sofern eine ausreichende Anzahl von Lösungen gemäß dem ersten Satz vorliegt, müssen zum Abschluss der Dialogphase noch so viele Lösungen vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

(7) Der Auftraggeber hat den Abschluss der Dialogphase und die Grundzüge der ausgewählten Lösung oder Lösungen allen Teilnehmern am Dialog unverzüglich bekannt zu geben.

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die Dialogphase in die Eröffnung des Dialogs, die Verhandlungen über den Auftragsgegenstand und die Beendigung des Dialogs unterteilt werden kann. Auch werden die zentralen Prinzipien der Dialogphase, die Gleichbehandlung der Teilnehmer und das Vertraulichkeitsgebot statuiert sowie die Möglichkeit der Reduzierung der Teilnehmer normiert. Die einzelnen Phasen des Dialogs und dessen Prinzipien sollen im Folgenden näher dargestellt werden.

(d) Die Eröffnung der Dialogphase

Die Dialogeröffnung erfolgt durch die schriftliche Aufforderung des Auftraggebers an die ausgewählten Teilnehmer, am Dialog teilzunehmen. Um einen echten Wettbewerb gewährleisten zu können, hat der Auftraggeber gemäß Art 44 Abs 3 VKR, sofern eine ausreichende Anzahl an geeigneten Bewerbern Teilnahmeanträge gestellt hat, zumindest drei Unternehmen zur Teilnahme aufzufordern. Die

Aufforderung hat bestimmte, in § 160 Abs 9 Z 1 bis 9 BVergG 2006³⁰⁵ aufgezählte Mindestanforderungen enthalten. Diese sind:

- „1. die Internet-Adresse (URL), unter der die Unterlagen gegebenenfalls im Internet verfügbar sind;*
- 2. die Anschrift bzw. elektronische Adresse der Stelle, bei der zusätzliche Unterlagen gegebenenfalls angefordert werden können;*
- 3. den Betrag, der gegebenenfalls für die zusätzlichen Unterlagen zu entrichten ist, und die Bedingungen für die Zahlung des Betrages;*
- 4. einen Hinweis auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung;*
- 5. die Gewichtung oder gegebenenfalls die Reihenfolge der Bedeutung der Zuschlagskriterien, falls sie nicht in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung enthalten sind;*
- 6. den Termin bis zu dem die Bewerber ihren Lösungsvorschlag oder ihre Lösungsvorschläge vorzulegen haben, wobei dieser Termin zeitlich vor dem Termin des Beginns der Dialogphase liegen muss;*
- 7. Adresse bei der der Lösungsvorschlag oder die Lösungsvorschläge einzureichen sind;*
- 8. den Termin und den Ort des Beginns der Dialogphase sowie die verwendete Sprache;*
- 9. die Bezeichnung der Unterlagen, die für den Nachweis der Eignung gegebenenfalls noch vorzulegen sind.“*

Während die meisten eben genannten Inhaltserfordernisse der Aufforderung keiner näheren Erläuterung bedürfen, ist jedoch § 160 Abs 9 Z 5 BVergG 2006 genauer zu betrachten. Dieser bestimmt, dass die Gewichtung oder die Reihenfolge der Zuschlagskriterien vor der Eröffnung der Dialoggespräche vom Auftraggeber festgelegt werden muss. Beim wettbewerblichen Dialog ist allerdings davon auszugehen, dass aufgrund der besonderen Komplexität des zu vergebenden Auftrags stets nachvollziehbare Gründe gemäß § 80 Abs 3 BVergG 2006 vorliegen werden, um aus Sicht des Auftraggebers von einer Gewichtung der Zuschlagskriterien Abstand nehmen und die bloße Reihung der Kriterien

³⁰⁵ Vgl Art 40 Abs 2 und Abs 5 VKR

rechtfertigen zu können.³⁰⁶ Es ist daher damit zu rechnen, dass zu Beginn der Dialogphase in den meisten Fällen lediglich eine Reihung der Zuschlagskriterien durch den Auftraggeber erfolgen wird. Dies trägt zudem zur Flexibilität des Dialogverfahrens bei.³⁰⁷

Dennoch wird auch das bloße Reihung der Zuschlagskriterien angesichts der Tatsache, dass zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens noch nicht genau bekannt ist, welche Lösungskonzepte anhand der Zuschlagskriterien bewertet werden sollen, eine große Herausforderung für den Auftraggeber darstellen. Problematisch ist dabei vor allem, dass sich Bewertungskriterien, die zu Beginn der Dialogphase festgelegt werden, später als irrelevant erweisen mögen, da sich die Lösungskonzepte womöglich in diesen als relevant festgelegten Punkten kaum unterscheiden. Andererseits können auch in der Dialogphase neue Facetten des Projekts auftauchen, für welche die festgelegten Zuschlagskriterien unzulänglich sind. Nicht weniger kompliziert ist es für den Auftraggeber, die Zuschlagskriterien gemäß den allgemeinen vergaberechtlichen Anforderungen fair und nicht diskriminierend auszugestalten. Hier stellt sich die Problematik vor allem darin, die Zuschlagskriterien auf der einen Seite sowohl bestimmt und aussagekräftig zu gestalten, sie aber gleichzeitig auf der anderen Seite so allgemein und flexibel zu halten, sodass sie auf unterschiedliche Lösungsvorschläge in gleicher Weise anwendbar sind.³⁰⁸

Die Dialogphase wird vom Auftraggeber geleitet und gestaltet. Er hat dabei für die Teilnehmer einheitliche Wettbewerbsvoraussetzungen zu schaffen. Dies zeigt sich vor allem darin, dass er sachdienliche Auskünfte und projektspezifische Informationen allen Teilnehmern gleichzeitig und auf dieselbe Weise zur Verfügung zu stellen hat.³⁰⁹ Darüber hinaus liegt es konsequenterweise in seinem Ermessen, ob er von den ausgewählten Teilnehmern zu Beginn des Dialoges bereits einen ersten Lösungsvorschlag („*first written essentials*“) fordert, oder ob er zunächst mit den Teilnehmern im Rahmen eines Kick-off-Meetings bzw. Auftaktgespräches die

³⁰⁶ Vgl dazu: auch den 46: Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 6; Die Erläuterungen der Europäischen Kommission beziehen sich auf die entsprechenden Bestimmungen der VKR. Diese sind: Erwägungsgrund 46 der VKR sowie Art 53 Abs 2 Unterabsatz 3 VKR.

³⁰⁷ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 461.

³⁰⁸ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: Pünder/Prieß (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 19.

³⁰⁹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 773.

Vorgehensweise während der Dialogphase bespricht bzw. mögliche Lösungskonzepte erörtert.³¹⁰

Fordert der Auftraggeber von den Teilnehmern schon zu Beginn der Dialogphase einen ersten konzeptionellen Lösungsvorschlag, so hat er aus Gründen der Gleichbehandlung anzugeben, in welcher Form und in welchem Umfang die entsprechenden Ausarbeitungen einzureichen sind. Den Teilnehmern ist dafür selbstverständlich auch eine einheitliche Frist zu setzen. Diese Vorgehensweise ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn die Anforderungen und Bedürfnisse des Auftraggebers bereits in der Beschreibung detailliert dargestellt wurden, andernfalls sich das Erstellen erster Lösungskonzepte für die Teilnehmer äußerst schwierig gestalten dürfte. Aufgrund der eingereichten ersten Lösungskonzepte der Teilnehmer hat der Auftraggeber die Möglichkeit, die einzelnen Dialoge mit den verschiedenen Partnern optimal vorbereiten zu können, da er bereits in einem frühen Stadium der Dialogphase Kenntnis von den verschiedenen projektierten Lösungsvarianten hat.

Doch auch die zweite denkbare Vorgehensweise bei der Eröffnung der Dialogphase bringt einige Vorzüge mit sich. Der Auftraggeber hat in diesem Fall die Gelegenheit, innerhalb von persönlichen Gesprächen mit den einzelnen Teilnehmern das Vorhaben detailliert zu erörtern, bevor diese beginnen, ihre Lösungskonzepte zu entwickeln. Auch entfällt für den Auftraggeber der zeitliche und organisatorische Aufwand der Durchsicht und Prüfung der ersten Lösungskonzepte, welche zudem womöglich komplett von den Vorstellungen des Auftraggebers mangels vorangehender Erörterungen abweichen könnten. Trotzdem steht auch beim Auftaktgespräch der Erörterung von ersten Lösungsansätzen nichts im Weg, was vor allem für einen zügigen Verfahrensablauf von Vorteil ist.³¹¹

(e) Die Verhandlungen über den Auftragsgegenstand

Art 29 Abs 3 VKR und § 161 Abs 1 BVergG 2006 sehen vor, dass in der Dialogphase der Auftraggeber und die teilnehmenden Unternehmen „*alle Aspekte des Auftrages erörtern*“ können. Diese Formulierung ist wohl absichtlich sehr weit gewählt, um den

³¹⁰ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451.

³¹¹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 773.

Verhandlungen über den Auftragsgegenstand in der Dialogphase einen weitest möglichen Spielraum zu geben. Dem Auftraggeber sind somit hinsichtlich des Verhandlungsgegenstandes in der Dialogphase keine materiellen Schranken gesetzt. Formell hat der Auftraggeber jedoch die Gebote der Gleichbehandlung und der Vertraulichkeit zu beachten.³¹² Auch ist es verboten, mit mehreren Teilnehmern gemeinsam zu verhandeln, sondern sind die Gespräche über die Auftragsbedingungen stets mit jedem einzelnen Teilnehmer separat zu führen.³¹³ Eine Abwicklung des Dialoges in mehreren Teilabschnitten steht dem Auftraggeber nur offen, sofern er dies bereits in der Bekanntmachung angekündigt hat.³¹⁴ Auf diese Aspekte der Dialogabwicklung wird in den folgenden Kapiteln näher einzugehen sein.

Aus Mangel an Bestimmungen betreffend die Form der Verhandlungen in der Dialogphase wird vertreten, dass es auch theoretisch vorstellbar und erlaubt sei, die Verhandlungen in der Dialogphase schriftlich zu führen.³¹⁵ Ein schriftliches Führen eines Dialoges wäre jedoch gegen die Intention des Gesetzgebers, der mit der Einführung einer Dialogphase gerade mündliche Verhandlungsrunden zwecks Konzeptionierung des Auftrages bezweckt hat. Der Auftraggeber sollte daher den Dialog mit den Teilnehmern mündlich führen.

Inhaltlich kann also in der Dialogphase sowohl über technische Schwierigkeiten des Vorhabens als auch über finanzielle und rechtliche Gesichtspunkte verhandelt werden. Der Auftraggeber hat somit in finanzieller Hinsicht die Möglichkeit, schon in einem frühen Stadium des Verfahrens den Umfang und die Kosten des Auftrages an seine finanzielle Belastbarkeit anzupassen. In rechtlicher Hinsicht kann beispielsweise die Risikoverteilung bzw. eine Risikobegrenzung oder das Errichten von Zweckgesellschaften erörtert werden.³¹⁶

Die Gespräche und Verhandlungen über den Auftragsgegenstand und das damit einhergehende Einbringen von Lösungsvorschlägen durch die Teilnehmer darf

³¹² Vgl Art 29 Abs 3 VKR bzw § 161 Abs 2 und Abs 4 BVergG 2006.

³¹³ Vgl Art 29 Abs 3 VKR bzw § 161 Abs 3 BVergG 2006.

³¹⁴ Vgl Art 29 Abs 4 VKR bzw § 161 Abs 5 BVergG 2006.

³¹⁵ *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 454.

³¹⁶ *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 301.

jedoch nicht soweit führen, dass bereits in dieser Phase des Verfahrens fertige Angebote vorgelegt und diskutiert werden. Folglich ist auch die rechtswirksame Annahme von in der Dialogphase eingebrachten Lösungsvorschlägen durch den Auftraggeber nicht erlaubt. Das Legen der Angebote und der Zuschlag haben separat erst nach Beendigung der Dialogphase zu erfolgen.³¹⁷

Die Lösungsvorschläge der Teilnehmer können aber während der Dialogphase entsprechend den erzielten Ergebnissen abgeändert werden, doch ist dabei zu beachten, dass dem Auftraggeber keine gänzlich neuen Lösungen unterbreitet werden dürfen. Um auch zu verhindern, dass von den Teilnehmern ständig veränderte Lösungsvarianten vorgeschlagen werden, empfiehlt es sich, eine Frist zur Abgabe von Änderungsvorschlägen festzulegen. Umgekehrt kann jedoch auch der Auftraggeber die Beschreibung seiner Bedürfnisse und Anforderungen, folglich auch Art und Gewichtung der Zuschlagskriterien, im Laufe des Dialoges anpassen.³¹⁸

An die Zulässigkeit der Veränderung der Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers und der Lösungsvorschläge sollten keine strengen Maßstäbe gestellt werden. Andernfalls kann sich der Dialog nicht als dynamischer Prozess entwickeln. Es muss an dieser Stelle nochmals darauf verwiesen werden, dass es in der typischen Ausgangslage des wettbewerblichen Dialogs gelegen ist, dass der Auftraggeber keine genauen Vorstellungen über das Projekt hat und auch von den eingeladenen Teilnehmern nicht bereits mit dem ersten Lösungsvorschlag das „Ei des Kolumbus“ gefunden wird.³¹⁹

Im Hinblick auf den Zeitrahmen der Verhandlungen sind in der VKR wie im BVergG 2006 keine Regelungen zu finden. Auch hinsichtlich der Dauer der Dialogphase sind somit dem Auftraggeber keine Schranken gesetzt. Er kann daher die Verhandlungen mit den Teilnehmern theoretisch solange führen, bis er einen in allen Belangen zufriedenstellenden Lösungsvorschlag erhalten hat. Je länger er diese Verhandlungen hinauszögert, desto höher sind jedoch auch Wahrscheinlichkeit und Gefahr, dass einzelne Bewerber aus Kostengründen von der Teilnahme am Dialog

³¹⁷ *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, *VergabeR* 2006, 451, 453.

³¹⁸ 1171 BlgNR XXII GP 101.

³¹⁹ *Lessiak*, Wettbewerblicher Dialog, *Skriptum Jahresforum* 2006, 288, 298.

abspringen und für den Auftraggeber die Möglichkeit der Auswahl aus verschiedenen Lösungsvarianten schwindet.³²⁰ Im Interesse einer bestmöglichen Dialogführung und der Erzielung ansprechender Ergebnisse ist dem Auftraggeber daher und auch in Hinblick auf den einhergehenden enormen Verwaltungsaufwand anzuraten, für ein zügiges Voranschreiten der Verhandlungen Sorge zu tragen, um den Dialog nicht im Sand verlaufen zu lassen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Führen des Dialogs im Rahmen des Vergabeverfahrens des wettbewerblichen Dialogs bedeutet, dass der Auftraggeber und die Teilnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen, bis die Beschaffenheit des zu vergebenden Projekts feststeht und Einigung darüber erzielt wurde, zu welchen Konditionen, zu welchen auch der Preis zu zählen ist, die Lieferung durch die Teilnehmer des Dialogs zu erfolgen hat.³²¹

(f) Das Vertraulichkeitsgebot

(i) Allgemeines

Aufgrund der intensiven Zusammenarbeit der einzelnen Teilnehmer mit dem Auftraggeber und dem damit verbundenen reichhaltigen Informationsaustausch ist in der Dialogphase des wettbewerblichen Dialogs vor allem das Vertraulichkeitsprinzip zu beachten. Der Auftraggeber hat somit streng zwischen Informationen, die das Projekt im Allgemeinen betreffen und daher allen Dialogteilnehmern mitzuteilen sind, und solchen zu unterscheiden, die vertrauliches Fachwissen der Teilnehmer darstellen. Das Vertraulichkeitsgebot ist nicht eine spezielle Eigenart der Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs. Es ist vielmehr auch allgemein in Art 6 VKR bzw. für das österreichische Vergaberecht in § 23 BVergG 2006³²²

³²⁰ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 454.

³²¹ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 773.

³²² § 23 BVergG 2006 lautet: „(1) Auftraggeber, Bewerber und Bieter haben den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren. (2) Sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, dürfen Auftraggeber keine ihnen von Unternehmern übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote. (3) Soweit Schutzrechte oder Geheimhaltungsinteressen verletzt würden, dürfen sowohl der Auftraggeber als auch die Bewerber oder Bieter Ausarbeitungen des anderen sowie von ihm zur Verfügung gestellte Pläne,

festgeschrieben. Wegen seiner zentralen Bedeutung im wettbewerblichen Dialog finden sich jedoch in den dieses Verfahren regelnden Bestimmungen zusätzlich Vorschriften, die das Vertraulichkeitsgebot für dieses Vergabeverfahren eigens und näher ausgestalten.

(ii) Die Ausgestaltung des Vertraulichkeitsgebots im wettbewerblichen Dialog

Das Vertraulichkeitsgebot bindet den Auftraggeber in zweifacher Hinsicht. Es besagt zum einen, dass der Auftraggeber die ihm in der Verhandlungsphase zukommenden Informationen der Teilnehmer betreffend ihrer vorgelegten Lösungskonzepte streng vertraulich zu behandeln hat.³²³ Daraus ergibt sich zum anderen, dass der Auftraggeber die Verhandlungen über den Auftragsgegenstand mit den einzelnen Teilnehmern nur separat führen darf. Letzteres ist auch im BVergG 2006 ausdrücklich festgehalten.³²⁴ Bei diesen separaten Verhandlungsrunden dürfen konsequenterweise stets nur die vom jeweiligen Teilnehmer eingereichten Lösungsvorschläge behandelt werden.³²⁵

Primärer Zweck des Vertraulichkeitsgebots ist es, das von den Teilnehmern in den Dialog eingebrachte Know-how zu schützen. Dies ist von höchster Bedeutung, da es ein zentrales Ziel des wettbewerblichen Dialogs ist, dass die Teilnehmer innovative und kreative Lösungen mit dem Auftraggeber erarbeiten. Um dieses qualifizierte Fachwissen einfließen lassen zu können, muss sich der Teilnehmer auf die Geheimhaltung dieses Know-hows verlassen können. Es ist für ihn von höchstem Interesse, dass seine Lösungsvorschläge nicht allgemein zugänglich werden, insbesondere nicht an seine unmittelbaren Mitbewerber im wettbewerblichen Dialog gelangen.³²⁶ Dies führt zu einem nicht unproblematischen Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse des Auftraggebers an einer bestmöglichen Befriedigung seiner Anforderungen und Bedürfnisse und dem Interesse der Teilnehmer am Schutz der vertraulichen Lösungskonzepte.

Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen nur mit dessen ausdrücklicher Zustimmung für sich verwenden oder an Dritte weitergeben.“

³²³ Vgl Art 29 Abs 3 Unterabsatz 3 VKR bzw § 161 Abs 4 BVergG 2006.

³²⁴ Vgl Art 29 Abs 3 Unterabsatz 2 VKR bzw § 161 Abs 3 BVergG 2006.

³²⁵ Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 297.

³²⁶ Knauff, Neues europäisches Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 293.

Schutzbedürftig sind in diesem Zusammenhang vor allem Fabrikations-, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, weiters jene Lösungskonzepte und Informationen, die als vertraulich gekennzeichnet sind, und Unterlagen, die sich für die Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechtes eignen.³²⁷ Der Auftraggeber hat jedenfalls im Zweifel davon auszugehen, dass die im Dialog von den Teilnehmern zur Verfügung gestellten Informationen vertraulich sind und nur dann weitergegeben werden dürfen, nachdem der jeweilige Teilnehmer die ausdrückliche Zustimmung abgegeben hat.³²⁸

Zudem soll durch das Vertraulichkeitsgebot verhindert werden, dass der Auftraggeber Lösungskonzepte eines Teilnehmers anderen unterbreitet und diese in der Folge auf dieses Konzept aufspringen und es für ihre Zwecke verwenden. Dadurch könnte es zu einer diskriminierenden Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den Teilnehmern kommen. Aufgabe der Vergabestelle ist es somit auch unter Berücksichtigung des Wettbewerbsprinzips, für eine strikte Trennung der Dialoge Sorge zu tragen.³²⁹

In der Literatur wird jedoch bezweifelt, dass das Vertraulichkeitsgebot den Teilnehmern am Dialog den nötigen Schutz in der Praxis liefern wird, mit anderen Worten, dass es praktikabel ist. Zu hoch ist die Gefahr, dass der Auftraggeber in den nicht öffentlichen Einzelverhandlungen Lösungskonzepte anderen Teilnehmern mehr oder weniger verdeckt preisgibt. Verstöße gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz sind zudem mangels Kontrollmöglichkeit kaum nachweisbar, ist doch lediglich der profitierende, vom Auftraggeber über fremde Lösungskonzepte informierte Dialogteilnehmer in Kenntnis des Vertrauensbruchs. Dies lässt auch den Rechtsschutz gegen Verstöße leiden.

Hinsichtlich der Gewährleistung der Vertraulichkeit ist auch an den Fall zu denken, dass das Vergabeverfahren vor Aufforderung, die Angebote zu legen, vom Auftraggeber beendet wird und der Beschaffungsbedarf in einem anderen

³²⁷ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 774.

³²⁸ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepraxis, NZBau 2007, 216, 222. Zur Einholung der Zustimmung zur Weitergabe von Informationen der Teilnehmer durch den Auftraggeber siehe sogleich unter Punkt II)E)3)f)iii).

³²⁹ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 301.

Vergabeverfahren zu einem späteren Zeitpunkt gedeckt wird, in welchem dann das Know-how der Teilnehmer einfließt.³³⁰

(iii) Die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen

In Umsetzung des Art 29 Abs 3 Unterabsatz 3 VKR³³¹ bietet § 161 Abs 4 BVergG 2006 jedoch dem Auftraggeber die Möglichkeit, vom Prinzip der Vertraulichkeit abzuweichen. Das Vertraulichkeitsgebot ist vom Auftraggeber in Bezug auf einen Teilnehmer nicht mehr zu beachten, sofern ihm von diesem die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen an andere Teilnehmer erteilt wird.³³² An dieser Zustimmungserklärung hat der Auftraggeber selbstverständlich ein hohes Interesse. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass jener Teilnehmer, der das kreativste und innovativste Lösungskonzept unterbreitet, nicht derjenige Unternehmer ist, der das Konzept am kostengünstigsten realisieren und somit zum niedrigsten Preis anbieten kann. Eine Weitergabe von Lösungskonzepten kann somit zum großen Vorteil für den Auftraggeber werden. Es ebnet ihm zudem den Weg zum so genannten „Cherry picking“. Unter „Cherry picking“ wird in Bezug auf den wettbewerblichen Dialog eine Vorgehensweise des Auftraggebers verstanden, bei welcher er die seine Anforderungen und Bedürfnisse teilweise befriedigenden Lösungsvorschläge der Teilnehmer zu einem Gesamtkonzept zusammenlegt, um eine volle Bedürfnisbefriedigung zu erreichen. Er pickt sich also sprichwörtlich aus mehreren Lösungsvorschlägen verschiedener Teilnehmer die Rosinen (wörtlich übersetzt: „Kirschen“) heraus. Er legt sich also eine eigene Lösung, zusammengesetzt aus Vorschlagselementen aller oder mehrerer Teilnehmer, zurecht.³³³

Dieser Weg zu einer gemeinsamen Lösung dürfte sich für den Auftraggeber voraussichtlich eher in Bezug auf finanzielle und rechtliche Aspekte, welche besonders bei PPP-Projekten von Bedeutung sind, als bei technischen Belangen ebnen. Die dafür erforderliche Bereitschaft zur Zustimmung zur

³³⁰ Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 25. Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 457.

³³¹ Art 29 Abs 3 Unterabsatz 3 VKR lautet: „Die öffentlichen Auftraggeber dürfen Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines teilnehmenden Bewerbers nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben.“

³³² Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 303.

³³³ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 457 f.

Informationsweitergabe dürfte sich nämlich bei technischen Lösungen mit einem hohen Innovationsgrad in Grenzen halten, während sich die Unternehmen bei der Suche nach den rechtlich-finanziellen Bedingungen eines Vorhabens einer Einheitslösung eher öffnen könnten.³³⁴

(iv) Die Zustimmungserklärung als Teilnahmevoraussetzung

Die Vorteile des Auftraggebers, an die Vertraulichkeit der Informationen nicht gebunden zu sein und somit ein „Cherry-Picking“ durchführen zu können, liegen auf der Hand und bedürfen keiner näheren Ausführung. In der Literatur wird daher den Auftraggebern empfohlen, eine entsprechende Zustimmung zur Weitergabe von Informationen an andere Dialogteilnehmer als Bedingung für die Teilnahme am Dialog von den Teilnehmern zu fordern.³³⁵ Dies wird auch in den Erläuterungen der Europäischen Kommission zum wettbewerblichen Dialog als Variante für den Auftraggeber gesehen. Dort heißt es in Fußnote 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.”*³³⁶ Eine nähere Erläuterung oder Erklärung, worauf diese Vorgehensweise gestützt werden kann, bleibt die Europäische Kommission jedoch schuldig. Durch eine entsprechende Klausel in Bekanntmachung oder Beschreibung kann somit ein potentieller Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog vor die Wahl gestellt werden, entweder auf die Teilnahme am weiteren Verfahren zu verzichten oder aber das Risiko in Kauf zu nehmen, der Konkurrenz kostbares Know-how zu übermitteln. Die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen von Teilnehmern am Dialogverfahren zwingend abzuverlangen, kann daher dem Ziel eines möglichst fruchtbringenden Verfahrens kaum dienlich sein.

Rechtlich wäre diese Vorgehensweise des Auftraggebers meines Erachtens jedoch so zu qualifizieren, dass es eine gänzliche Umgehung bzw. Aushebelung des Vertraulichkeitsgebots bedeutet. Dies deshalb, da gleich mehrere Gründe gegen die

³³⁴ Drömann, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen, NZBau 2007, 751, 756.

³³⁵ Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 303.

³³⁶ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182),7.

Zulässigkeit des Einforderns einer obligatorischen Zustimmungserklärung zur Weitergabe der Informationen als Teilnahmevoraussetzung sprechen.³³⁷

- Zunächst ist auf den Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung abzustellen. Sowohl Art 29 Abs 3 Unterabsatz 3 VKR als auch Art 161 Abs 4 BVergG 2006 befinden sich systematisch in den die Dialogphase regelnden Bestimmungen. Die Auswahl der Teilnehmer hat also schon stattgefunden, das Verfahren befindet sich bereits in der Dialogphase. Den Regelungen in der VKR und im BVergG 2006 kann also entnommen werden, dass der Auftraggeber in der Dialogphase die Zustimmung zur Informationsweitergabe von den Teilnehmern einholen kann, nicht aber, dass er die Teilnahme am Dialog davon abhängig machen kann.
- Die die Auswahl der Teilnehmer regelnden Art 44 bis 52 VKR und auch die mit diesen korrespondierenden Regelungen der §§ 68 bis 77 BVergG 2006 sehen ebenfalls nicht vor, dass die Bewerberauswahl vom Auftraggeber von der Zustimmung zur Weitergabe von Informationen durch die Bewerber abhängig gemacht werden kann.
- Auch unter Heranziehung der historischen Interpretation ist die Aushebelung des Vertraulichkeitsgebots abzulehnen. Blickt man genauer auf die Entstehungsgeschichte des Art 29 VKR wird ersichtlich, dass das Vertraulichkeitsgebot, von dem nur mit Zustimmung der Teilnehmer abgewichen werden kann, erst im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens entwickelt wurde. Es ist als Antwort auf die Kritik an der Regelung des Erstvorschlags der Richtlinie zu verstehen, dass der Auftraggeber nach Beendigung der Dialogphase auf der Grundlage deren Ergebnisse endgültige Ausschreibungsunterlagen erstellt, in welchen die technischen Anforderungen für die Auftragsausführung ersichtlich sein sollten. Ein Transfer von Know-how wäre damit unvermeidbar gewesen.³³⁸

³³⁷ Vgl. *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, *VergabeR* 2006, 451, 458.

³³⁸ Vgl. *Trautner*, Wettbewerblicher Dialog: Chancen und Risiken für Contracting- Aufträge. *CuR* 2006, 88, 91.

- Auch deuten die oben erwähnten Regelungen der VKR und des BVergG 2006 darauf hin, dass die Zustimmung zur Weitergabe von Information von den Teilnehmern freiwillig, also ohne drohende negative Konsequenzen zu erfolgen hat. Macht jedoch der Auftraggeber die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen zur Teilnahmebedingung, ist der potentielle Teilnehmer zumindest in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, steht doch die Teilnahme am Dialog und ein möglicherweise äußerst lukrativer Auftrag auf dem Spiel.

Der Rückgriff auf das Erfordernis der obligatorischen Zustimmungserklärung ließe zudem aus praktischer Sicht befürchten, dass die adressierten Unternehmen Abstand von der Teilnahme am Dialog nehmen könnten, um zu verhindern, dass kostbares Know-how an die Konkurrenz übertragen wird. Auch könnte diese Vorgehensweise dazu führen, dass die Teilnehmer lediglich altbekanntes Wissen einfließen lassen, womit jedoch der Dialog sein Ziel, innovative Lösungen hervorzubringen, verfehlen würde.³³⁹ Es ist also zu bezweifeln, dass Unternehmen einen daraus resultierenden gemeinsamen Dialog akzeptieren und die Gefahr in Kauf nehmen, Lösungsideen und –konzepte, also ihren Wettbewerbsvorteil, publik machen zu müssen.³⁴⁰

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorgehensweise des Auftraggebers, die Zustimmung zur Weitergabe von Informationen als Teilnahmebedingung zu fordern, zum einen aus praktischer Sicht unvernünftig und daher abzulehnen ist und andererseits rechtliche Erwägungen gegen deren Zulässigkeit sprechen. Für das deutsche Recht nimmt diese Position neben dem oben zitierten *Opitz* explizit auch *Heiermann*³⁴¹ ein. Die Ansicht, dass das Erfordernis einer obligatorischen Zustimmungserklärung unzulässig ist, mag wohl auch unter Heranziehung des § 879 ABGB für das österreichische Recht zutreffen.

³³⁹ *Werner/Freitag*, „Wettbewerblicher Dialog“ – Vorschlag für eine neue Art des Verhandlungsverfahrens, NZBau 2000, 551, 552. *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 23.

³⁴⁰ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 222.

³⁴¹ *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 774.

(v) Das Vertraulichkeitsgebot nach Abschluss der Dialogphase

Das Vertraulichkeitsgebot findet allerdings letztlich in der Bestimmung des § 161 Abs 7 BVergG 2006 seine Grenze. Diese Bestimmung verpflichtet nämlich den Auftraggeber, die Grundzüge der ausgewählten Lösungen allen Teilnehmern am wettbewerblichen Dialog bekannt zu geben. Zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens werden zumindest die Grundzüge einer innovativen Lösung und das entsprechende Know-how eines Bewerbers der Konkurrenz publik gemacht. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage begründen diese Regelung mit Rechtsschutzerwägungen. Ein Bewerber, dessen Lösungskonzept während der Dialogphase ausgeschieden wurde,³⁴² könne nur durch Kenntnisnahme der erfolgreichen Konzepte effektiven Rechtsschutz gegen das Ausscheiden seines Lösungsvorschlages erhalten. Daraus ergibt sich auch, dass die vom Auftraggeber in der Dialogphase als bedürfnisbefriedigend ausgewählten Lösungen sich erheblich von zuvor ausgeschiedenen unterscheiden müssen.³⁴³ Der Auftraggeber hat daher sowohl die Rechtsschutzinteressen ausgeschiedener, als auch die Geheimhaltungsinteressen der erfolgreichen Teilnehmer zu beachten und diese miteinander abzuwägen. Um die Innovationslust und –motivation der Teilnehmer zu fördern, sollte diese Abwägung leicht zugunsten der Vertraulichkeit des eingebrachten Know-hows ausschlagen, da die Sicherung des eingebrachten fremden Know-hows zur Etablierung des wettbewerblichen Dialogs von zentraler Bedeutung sein wird. Eine Überprüfung der Entscheidung des Auftraggebers, ein anderes Lösungskonzept vorzeitig auszuschneiden, sollte daher primär anhand der Zuschlagskriterien erfolgen. Erst in einem zweiten Schritt sollten auch Grundzüge der erfolgreichen, anderen Lösungskonzepte für die Prüfung herangezogen werden, ob sich diese erheblich von den ausgeschiedenen Konzepten unterscheiden.

Werner/Freitag fordern jedoch, dass jeder Teilnehmer auf der Grundlage seines weiterhin geheim bleibenden Lösungskonzepts zur Angebotlegung aufgefordert wird. Sie geben dabei zu bedenken, dass ein Unternehmen keinen Vorteil aus der vertraulichen Behandlung seines Know-hows ziehen könne, wenn nach Beendigung des Dialoges erst recht das Lösungskonzept veröffentlicht wird. Das Vertraulichkeitsgebot während der Dialogphase verfehle durch diese

³⁴² Zur frühzeitigen Ausscheidung von Lösungskonzepten siehe sogleich unter Punkt II)E)3)g).

³⁴³ 1171 BlgNR XXII GP 102.

Veröffentlichung seinen Zweck.³⁴⁴ Bei der Beurteilung dieser Ansicht ist jedoch zu bedenken, dass sich diese auf den Erstvorschlag der VKR bezieht, in welchem die Erstellung endgültiger Ausschreibungsunterlagen vorgesehen war, welche eine über die Gründzüge hinausgehende Veröffentlichung der vom Auftraggeber ausgewählten Lösungen nach sich gezogen hätte.³⁴⁵ Sie zeigt jedoch die Bedenken in der Literatur betreffend die Sicherstellung der Geheimhaltung von in den Dialog eingebrachtem Know-how auch außerhalb der Dialogphase.

(g) Die Reduktion der Teilnehmer bzw. das Ausscheiden von Lösungsvorschlägen in der Dialogphase

Art 29 Abs 4 VKR und § 161 Abs 5 BVergG 2006 sehen vor, dass die Dialogphase in mehreren Abschnitten durchgeführt werden kann. Dies soll einen Beitrag zur Verfahrensflexibilität leisten und die Kosten des Verfahrens reduzieren.³⁴⁶ Voraussetzung für diese Vorgehensweise des Auftraggebers, bei welcher er zudem Schritt für Schritt die Anzahl der in Aussicht genommenen Lösungen reduzieren kann („Short-listing“), ist jedoch, dass er dies entweder in der Bekanntmachung oder in der späteren Beschreibung angekündigt hat. Auch hat er aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz den Teilnehmern das Vorgehen in den einzelnen Dialogphasen genau darzulegen. Es muss in diesem Zusammenhang zB festgelegt werden, ob in einer Dialogphase das gesamte Projekt oder nur technische oder finanzielle Aspekte des Vorhabens erörtert werden. Dem Auftraggeber steht es somit bei entsprechender Ankündigung frei, mit Fortschritt des Dialoges Lösungskonzepte, welche er für weniger geeignet erachtet bzw. welche er für unwirtschaftlicher hält als andere Vorschläge,³⁴⁷ auszuscheiden.³⁴⁸ Das Heranziehen

³⁴⁴ Werner/Freitag, „Wettbewerblicher Dialog“ – Vorschlag für eine neue Art des Verhandlungsverfahrens, NZBau 2000, 551

³⁴⁵ Vgl dazu auch oben Punkt II)A)3)c).

³⁴⁶ Vgl. 41. Erwägungsgrund der VKR: „Im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs und der Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung empfiehlt es sich, aufgrund der eventuell erforderlichen Flexibilität sowie der mit diesen Vergabemethoden verbundenen zu hohen Kosten den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit zu bieten, eine Abwicklung des Verfahrens in sukzessiven Phasen vorzusehen, sodass die Anzahl der Angebote, die noch Gegenstand des Dialoges oder der Verhandlungen sind, auf der Grundlage von vorher angegebenen Zuschlagskriterien schrittweise reduziert wird. Diese Reduzierung soll -, sofern die Anzahl der geeigneten Lösungen oder Bewerber es erlaubt – einen wirksamen Wettbewerb gewährleisten.“

³⁴⁷ Vgl 31. Erwägungsgrund der VKR und § 159 Abs 2 BVergG 2006. Nach diesen Bestimmungen hat der Auftraggeber im wettbewerblichen Dialog ausschließlich dem Bieter mit dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag zu erteilen.

³⁴⁸ Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 774.

anderer Beurteilungsaspekte würde zu einer willkürlichen Entscheidung des Auftraggebers führen. Die Ungeeignetheit bzw. Unwirtschaftlichkeit wird anhand der Zuschlagskriterien geprüft,³⁴⁹ welche die ausschließlichen Maßstäbe bei der Ausscheidung von Lösungskonzepten darstellen. Es ist jedoch nicht zwingend, dass die Gewichtung oder Reihung der Zuschlagskriterien in der Form der Bekanntmachung oder Beschreibung bei der Ausscheidung von Lösungskonzepten eingehalten wird. Es erscheint vielmehr praktikabel, zwecks Ausscheidung von Lösungsangeboten gewisse Zuschlagskriterien herauszunehmen, andere hingegen nicht zu berücksichtigen. Auf diese Weise ist dem Auftraggeber eine Vorausscheidung von Projekten nach einzelnen Gesichtspunkten möglich.

Die Zuschlagskriterien können daher bei der Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs eine Doppelfunktion einnehmen. Einerseits wird anhand der Zuschlagskriterien entschieden, welches Angebot letztendlich den Zuschlag erhält, andererseits dienen sie auch als Maßstab dafür, welche Lösungskonzepte bereits während der Dialogphase ausgeschieden werden.³⁵⁰

Der Auftraggeber hat einen Teilnehmer vom Ausscheiden seines Lösungsvorschlages umgehend zu informieren und die Entscheidung schriftlich zu begründen. In Hinblick darauf, dass das Verfahren noch nicht das Stadium der Wertung und Prüfung der Angebote erreicht hat, kann jedoch ein Ausscheiden von Angeboten nur dann erfolgen, wenn der Auftraggeber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Meinung ist, dass das betreffende Angebot den Zuschlag nicht erhalten wird. An die Begründung der Ausscheidung von Angeboten sind somit erhöhte Anforderungen zu stellen, nicht zuletzt auch, um vor Anfechtungen von Teilnehmern gewappnet zu sein.

Aufgrund der Tatsache, dass ein Teilnehmer am Dialog dem Auftraggeber auch mehrere verschiedenartige Lösungskonzepte zur Auswahl stellen kann,³⁵¹ ist das Ausscheiden eines Lösungsvorschlages jedoch nicht zwangsläufig gleichbedeutend

³⁴⁹ Vgl. Art 44 Abs 4 VKR, § 161 Abs 5 BVergG 2006.

³⁵⁰ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabep Praxis, NZBau 2007, 216, 222.

³⁵¹ § 162 Abs 1 BVergG 2006: „..., auf der Grundlage der vom jeweiligen Teilnehmer vorgelegten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösung oder Lösungen sein bzw. ihr Angebot zu legen.“

mit der Eliminierung eines Teilnehmers.³⁵² Dafür spricht auch der ausdrückliche Hinweis der Erläuterungen der Europäischen Kommission, „*dass sich die schrittweise Verringerung unmittelbar auf die Zahl der zu erörternden Lösungen bezieht*“.³⁵³ Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob ein Teilnehmer, dessen einziger Lösungsvorschlag ausgeschieden wurde, die Möglichkeit erhalten soll, ein neues Lösungskonzept einzureichen. Dagegen spricht zunächst die fehlende gesetzliche Grundlage, neue Lösungskonzepte während der Dialogphase einzubringen. Grundsätzlich haben die Teilnehmer bereits zu Beginn der Dialogphase die Lösungskonzepte vorzustellen. Dies zieht jedoch die Gefahr mit sich, dass die Teilnehmer zu Beginn des Dialoges den Auftraggeber mit einer Vielzahl verschiedener Lösungskonzepte bombardieren, um sich die Möglichkeit offen zu lassen, jenen Vorschlag im weiteren Verlauf des Dialogs näher auszuführen, welcher nach der subjektiven Einschätzung des Auftraggebers dessen Bedürfnisse und Anforderungen bestmöglich befriedigt. Im Sinne eines zügigen und effektiven Voranschreitens der Dialogphase und auch um zu vermeiden, dass die Dialogphase einen unüberblickbaren Verwaltungs- und Prüfaufwand für den Auftraggeber darstellt, ist diesem daher zu raten, in der Bekanntmachung festzulegen, dass lediglich eine zu bestimmende Höchstzahl von Lösungsvorschlägen je Teilnehmer zugelassen ist.

An der Reduktion von Lösungsvorschlägen hat jedoch nicht nur der Auftraggeber ein Interesse, auch für Teilnehmer ist sie von Nutzen. Erweist sich ihr Vorschlag frühzeitig als ungeeignet und wird dieser daher ausgeschlossen, entfällt für den jeweiligen Teilnehmer gleichzeitig der Aufwand für die weitere Ausarbeitung eines detaillierten Lösungsvorschlags, welcher ohnehin bei der späteren Zuschlagsentscheidung chancenlos wäre.³⁵⁴ Dem oft geäußerten Kritikpunkt am wettbewerblichen Dialog, er würde für die teilnehmenden Unternehmen - vor allem bei fehlendem Kostenersatz³⁵⁵ durch den Auftraggeber - einen enormen Aufwand bedeuten,³⁵⁶ könnte somit zumindest in begrenztem Ausmaß, nämlich in Bezug auf

³⁵² Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 458.

³⁵³ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 9.

³⁵⁴ Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 293.

³⁵⁵ Vgl. unter Punkt III)E)7).

³⁵⁶ Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 15.

Teilnehmer mit offensichtlich weniger aussichtsreichen Lösungskonzepten, entgegengetreten werden.

Die Zulässigkeit der Reduktion von Lösungsvorschlägen findet jedoch in Art 44 Abs 2 letzter Satz VKR ihre Grenze: Dieser bezieht sich auf Verfahren, in welchen von der Möglichkeit zur Reduktion von Lösungen oder Angeboten, Gebrauch gemacht worden ist und bestimmt: *“...In der Schlussphase müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, sofern eine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bewerbern vorliegt.”* Bei der Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges ist mit „Schlussphase“ wohl jener Zeitpunkt gemeint, zu dem die Dialogteilnehmer zur Abgabe ihrer Angebote aufgefordert werden. Daher müssen auch bis zum Ende der Dialogphase grundsätzlich noch zumindest zwei Teilnehmer verblieben sein. Dieses Wettbewerbserfordernis ist nach der zitierten Bestimmung jedoch nur zu beachten, solange eine ausreichende Anzahl an Lösungsvorschlägen bzw. geeigneten Bewerbern vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall, ist der Auftraggeber daher nicht daran gehindert, die Verhandlungen mit nur einem verbliebenen Teilnehmer über dessen Lösungskonzept fortzusetzen.³⁵⁷

Diese Einschränkung des Wettbewerbserfordernisses ist im Hinblick auf Art 29 Abs 5 VKR³⁵⁸ konsequent. Dieser legt fest, dass der Dialog bis zur Ermittlung der Lösung oder der Lösungen fortzusetzen ist, woraus gefolgert werden muss, dass am Ende der Dialogphase auch der ausschließliche Verbleib einer Lösung und damit nur eines einzigen Teilnehmers zulässig ist. Dies soll jedoch der Ausnahmefall bleiben.

Um das Wettbewerbserfordernis des Art 44 Abs 2 letzter Satz VKR nämlich nicht völlig leer laufen zu lassen, ist festzuhalten, dass der Auftraggeber nicht mutwillig auf einen Lösungsvorschlag bzw. Teilnehmer reduzieren und auch nicht mit einem Teilnehmer bevorzugt verhandeln darf.

Der Ausnahmefall, dass auf einen Lösungsvorschlag bzw. Teilnehmer in der Dialogphase reduziert werden muss, ist in zwei Konstellationen vorstellbar:

³⁵⁷ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 9.

³⁵⁸ Vgl § 161 Abs 7 BVergG 2006.

- Der Auftraggeber legt sich in der Dialogphase auf das Lösungskonzept eines Teilnehmers fest, während alle anderen Dialogteilnehmer ein anderes Lösungskonzept verfolgten. Deren Lösungsvorschläge hat der Auftraggeber daher bereits in der Dialogphase auszuschließen, sodass ein einzelner verbleibt.
- Dem Auftraggeber liegen mehrere prinzipiell geeignete Lösungsvorschläge vor, doch es ist bereits in der Dialogphase klar, dass nur einer dieser Lösungsvorschläge als der am besten geeignete für den Zuschlag in Frage kommt.³⁵⁹

(h) Das Gleichbehandlungsgebot

Obwohl es im Vergaberecht ein allgemeiner Grundsatz ist, dass der Auftraggeber die Teilnehmer eines Vergabeverfahrens gleich zu behandeln hat,³⁶⁰ findet sich in Art 29 Abs 3 VKR, umgesetzt in § 161 Abs 2 BVergG 2006 für die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges ein ausdrücklich normiertes Gleichbehandlungsgebot. Dies deshalb, da gerade eine flexible Verfahrensart wie der wettbewerbliche Dialog ein erhöhtes Gefahrenpotential für Ungleichbehandlungen bildet.³⁶¹ Das Gleichbehandlungsgebot ist in diesem Verfahren auch deshalb von hoher Bedeutung, da die Teilnehmer in einen unmittelbaren Wettbewerb um die am besten geeignete Lösung des Vorhabens treten. Es ist daher vor allem in der Dialogphase streng zu beachten.

Das Gleichbehandlungsgebot erfordert vom Auftraggeber einerseits, allen Teilnehmern stets gleichzeitig idente Informationen bezüglich des Ablaufes der Dialogphase zu übermitteln. Für das Einreichen von Lösungsvorschlägen sind ihnen die gleichen Vorgaben zu machen und einheitliche Fristen zu setzen. Auch ist eine diskriminierende Weitergabe von Informationen an andere Teilnehmer untersagt. Dabei ist jedoch nicht die tatsächliche Wettbewerbsverzerrung entscheidend. Das

³⁵⁹ 1171 BldNR XXII GP 103.

³⁶⁰ Vgl oben Punkt I)E)2).

³⁶¹ *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 89.

Gleichbehandlungsverbot ist bereits bei bloßer Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung verletzt.³⁶²

Das Gleichbehandlungsgebot bindet zudem den Auftraggeber auch in der Hinsicht, dass er von projektspezifischen Vorgaben später nicht mehr abweichen darf. Hat er sich für eine Lösungsvariante entschieden, kann er den Zuschlag keinem Angebot, welchem ein anderes Lösungsmuster zugrunde liegt, erteilen.

Ähnlich dem Vertraulichkeitsgebot scheinen auch beim Gleichbehandlungsgebot Zweifel angebracht zu sein, ob es in der Praxis eingehalten wird.³⁶³ Wieder ist hier darauf hinzuweisen, dass es kaum überprüfbar ist, ob nicht der Auftraggeber Informationen, die er aus Verhandlungen mit einem Teilnehmer gewonnen hat, auf irgendeine Weise – wenn auch nur unbewusst - in die Gespräche mit anderen Teilnehmern einfließen lässt.³⁶⁴ Auch wird es in der Praxis nicht immer einfach sein, Zuschlagskriterien zu entwickeln, die auf Angebote, welche auf unterschiedlichen Konzepten basieren, gleich angewendet werden können.

Angesichts dieser Unsicherheiten ist zu hoffen, dass die durch die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges gewonnene Gestaltungsfreiheit nicht als ein „Freibrief für willkürliche Vergabeentscheidungen“³⁶⁵ begriffen wird.

(i) Der Abschluss der Dialogphase

Da die Dialogphase vom Auftraggeber eröffnet und geleitet wird, hat auch dieser deren Beendigungszeitpunkt zu bestimmen.³⁶⁶ Bei Beendigung der Dialogphase sind zwei verschiedene Konstellationen denkbar:

- Der Auftraggeber erblickt nach seinem subjektiven Ermessen in einem oder mehreren Lösungsvorschlägen der Teilnehmer seine Bedürfnisse und

³⁶² Kolpatzik, „Berater als Bieter“ vs. „Bieter als Berater“ - „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 291.

³⁶³ Knauff, Die Reform des europäischen Vergaberechts, EuZW 2004, 142.

³⁶⁴ Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 89.

³⁶⁵ Knauff, Neues europäische Verfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 287, 293.

³⁶⁶ § 161 Abs 6 BVergG 2006.

Anforderungen befriedigt. Die Dialogphase hat somit ihren Zweck erfüllt, das Verfahren kann zur Angebotsphase fortschreiten.

- Der Dialog ist vom Auftraggeber jedoch ebenso dann zu beenden, wenn sich abzeichnet, dass kein einziges von den Teilnehmern vorgelegtes Lösungskonzept geeignet erscheint, die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers zu erfüllen.³⁶⁷ Der wettbewerbliche Dialog ist in diesem Fall als gescheitert zu betrachten. Dies stellt für das Vergabeverfahrensrecht einen neuen, besonderen Verfahrensbeendigungstatbestand dar.³⁶⁸

Für das Scheitern eines wettbewerblichen Dialoges wurde vom Gesetzgeber eine Vorkehrung getroffen. Das Scheitern des wettbewerblichen Dialoges eröffnet nämlich dem Auftraggeber die Möglichkeit, den Auftrag nun im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung auszuschreiben.³⁶⁹ In diesem neuen Vergabeverfahren muss darauf geachtet werden, dass die im Dialog gewonnenen Erkenntnisse zwar verwertet werden, dabei jedoch keine im Dialog als vertraulich zu behandelnde Informationen weitergegeben werden. Das im wettbewerblichen Dialog zu beachtende Vertraulichkeitsgebot wirkt also bei einem im Anschluss durchgeführten Verhandlungsverfahren weiter.

Die Erfolgchancen, den Auftrag in einem angeschlossenen Verhandlungsverfahren zufriedenstellend vergeben zu können, dürften jedoch eher gering sein. Wenn es im Dialog zwischen dem Auftraggeber und den Dialogteilnehmern nicht gelungen ist, eine oder mehrere Projektlösungen zu entwickeln, um die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers zu befriedigen, wird dies wohl auch nicht in einem Verfahren

³⁶⁷ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 300 Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 775.

³⁶⁸ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 223.

³⁶⁹ Für Bauaufträge vgl § 28 Abs 1 Z 1 BVergG 2006, für Lieferaufträge § 29 Abs 1 Z1 BVergG 2006 und für Dienstleistungsaufträge § 30 Abs 1 Z1 BVergG 2006. Siehe dazu auch unter Punkt III)B)3).

gelingen, indem Verhandlungen erst über bereits fertig ausgearbeitete Angebote statthaft sind.³⁷⁰

Der Auftraggeber hat in beiden Fällen alle im Dialogverfahren verbliebenen Teilnehmer von der Beendigung zu informieren. Gleichzeitig hat er die ausgewählten Lösungskonzepte in Grundzügen allen Teilnehmern am Dialog bekannt zu geben.³⁷¹ Hier ist – wie schon oben unter Punkt II)E)3)f) dieser Arbeit ausgeführt - vom Auftraggeber nochmals das Vertraulichkeitsgebot streng zu beachten. Er begibt sich bei der Bekanntgabe der ausgewählten Lösungen auf einen schmalen Grat. Einerseits hat er die Geheimhaltungsinteressen der in der Dialogphase mit ihren Lösungskonzepten „erfolgreich“ gewesenen Teilnehmer zu beachten, andererseits ist die Bekanntgabe der Lösungen in Grundzügen aus Transparenzgründen und aufgrund der Rechtsschutzinteressen jener Teilnehmer, deren Lösungsvorschläge während der Dialogphase ausgeschieden worden sind, erforderlich. Ohne Kenntnis elementarer Bestandteile der ausgewählten Lösungen ist es letzteren nicht möglich, das Ausscheiden ihres eigenen Lösungsvorschlages nachzuvollziehen und über eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidungsentscheidung des Auftraggebers zu beraten.

Gleichzeitig hat der Auftraggeber die verbliebenen Teilnehmer aufzufordern, auf Basis der von ihnen vorgelegten Projektlösungen, ein Angebot zu legen.³⁷² Denkbar ist auch, dass der Auftraggeber – die Zustimmung der Teilnehmer zur Weitergabe von Informationen an andere Teilnehmer am Dialog vorausgesetzt – der Angebotsaufforderung eine gemeinsame Lösung zu Grunde legt.³⁷³ Dies würde eine große Erleichterung für den Auftraggeber darstellen, da er – nicht an das Vertraulichkeitsgebot gebunden – sich nicht mit der Offenlegung der Grundzüge begnügen müsste, sondern die ausgewählte Lösung auch in Einzelheiten bekannt machen könnte. Zudem vereinfacht eine solche gemeinsame Lösung natürlich auch die Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote durch den Auftraggeber.

³⁷⁰ Vgl dazu auch unten Punkt IV)B)2)a).

³⁷¹ § 161 Abs 7 BVergG 2006.

³⁷² § 161 Abs 7 BVergG 2006.

³⁷³ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 223.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe gibt dem Auftraggeber nochmals die Gelegenheit, die Beschreibung³⁷⁴ den Ergebnissen der Dialogphase anzupassen, andernfalls die Dialogphase mit der Möglichkeit der umfassenden Verhandlung über den Auftragsgegenstand ins Leere laufen würde. Die Anpassung hat jedoch ihre Grenzen darin, dass keine grundlegenden Elemente der Bekanntmachung oder der Beschreibung geändert werden dürfen.³⁷⁵

§ 162 Abs 1 BVergG 2006 ermöglicht auch eine Vervollständigung bzw. Anpassung der Zuschlagskriterien. Aus den Geboten der Gleichbehandlung der Teilnehmer und der Transparenz ergibt sich jedoch, dass die Kontinuität der Zuschlagskriterien gewahrt bleiben muss und daher unter Vervollständigung und Anpassung wohl auch beim wettbewerblichen Dialog keine grundlegende Änderung der Gewichtung und Reihung der Zuschlagskriterien zu verstehen ist.³⁷⁶ Diese Gebote setzen somit der Flexibilität des wettbewerblichen Dialoges diesbezüglich Schranken. Bei der Vervollständigung und Anpassung der Zuschlagskriterien ist vor allem an die jedoch nur in engen Grenzen zulässige Aufstellung von Unterkriterien zu denken.³⁷⁷ Zulässig ist es auch, sofern die Zuschlagskriterien bislang nur nach ihrer Bedeutung gereiht wurden, eine Gewichtung im Sinne dieser Reihung vor Einholung der Angebote vorzunehmen und alle Teilnehmer davon zu informieren.³⁷⁸

Sämtliche Änderungen gegenüber der Bekanntmachung oder der Beschreibung müssen sich auf die Verhandlungen im Dialog beziehen. Dies bedeutet, dass Aspekte des Projektes, die in der Dialogphase nicht erörtert wurden, einer Änderung unzugänglich sind. Unzulässig ist schließlich auch eine Änderung der Beschreibung, welche zur Folge hätte, dass in der Dialogphase ausgeschiedene Lösungsvorschläge, nun als bestgeeignete Lösung anzusehen wären.³⁷⁹ Auch am Ende der Dialogphase werden somit keine Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber erstellt, sondern werden allenfalls die Bedürfnisse und Anforderungen

³⁷⁴ Vgl zur Beschreibung oben Punkt II)E)2)c).

³⁷⁵ § 162 Abs 1 BVergG 2006.

³⁷⁶ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 7. Anders wohl dazu die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des BVergG 2006: „*die Reihung oder Gewichtung der Zuschlagskriterien kann daher noch Veränderungen durch die Ergebnisse des Dialogs unterworfen sein.*“ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Zuschlagskriterien vgl EuGH vom 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*.

³⁷⁷ Vgl dazu: EuGH vom 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI/ACTV Venezia*.

³⁷⁸ *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, *ZfBR* 2005, 766, 771.

³⁷⁹ 1171 BlgNR XXII GP 103.

an das Vorhaben den Ergebnissen der Dialogphase im Zuge der Aufforderung zur Angebotslegung ergänzt und angepasst.³⁸⁰

Festzuhalten ist weiters, dass am Ende der Dialogphase mehrere Lösungen und Konzepte zur Durchführung des Projektes nebeneinander existieren können. Das Ergebnis am Ende der Dialogphase besteht also nicht zwingend in der Ausarbeitung der ultimativ besten Lösung.³⁸¹

4) Die Angebotslegung

Die aus dem Dialogverfahren mit ihren Vorschlägen „erfolgreich“ gebliebenen Teilnehmer können nur auf der Grundlage ihres eigenen Lösungsvorschlages ein Angebot legen. Bei den verschiedenen Angeboten handelt es sich, da sie auf einer jeweils anderen Grundlage basieren, um inhaltlich unterschiedliche Angebote.³⁸² Die Angebote müssen gemäß den allgemeinen Grundsätzen sämtliche zur Ausführung des Projektes erforderlichen Elemente detailgenau enthalten.³⁸³

5) Die Verhandlungsmöglichkeit über Angebote

Die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges wurde mit der Intention eingeführt, dem Auftraggeber ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge zur Verfügung zu stellen, welches ein höheres Maß an Flexibilität aufweisen soll, als die klassischen Vergabeverfahren.³⁸⁴ Der Kernbereich dieser starken Flexibilität soll vor allem durch den größtmöglichen Verhandlungsspielraum in der Dialogphase erreicht werden. Da es sich jedoch bei den im wettbewerblichen Dialog vergebenen Projekten um definitionsgemäß besonders komplexe handelt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ausführung des Projektes in allen Einzelheiten und bis ins letzte Detail in der Dialogphase besprochen und ausverhandelt wird. Dies würde sogar diesen weit abgesteckten Rahmen sprengen. Demgegenüber haben jedoch die auf

³⁸⁰ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 9.

³⁸¹ Vgl § 161 Abs 1 BVergG 2006.

³⁸² Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 223.

³⁸³ § 162 Abs 2 BVergG 2006.

³⁸⁴ Vgl 31. Erwägungsgrund der VKR.

den Ergebnissen der Dialogphase basierenden Angebote alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Angaben, also sämtliche Details zu enthalten.

Um dem Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialoges auch in der Angebotsphase Flexibilität zu verleihen, wäre es sinnvoll, den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit einzuräumen, auch über die Angebote der Bieter - und nicht nur über die Lösungsvorschläge während der Dialogphase -, verhandeln zu können. Dies würde zwar dem Grundsatz des Verhandlungsverbots widersprechen, doch ist dieser bereits im Verhandlungsverfahren, in welchem Verhandlungen über Angebote statthaft sind, durchbrochen. Demgegenüber ist das Verhandlungsverbot beim offenen und nicht offenen Verfahren durchgezogen. Bei diesen Verfahren ist nach Einreichung der Angebote zu beachten, dass diese im Zuge von zulässigen Aufklärungsgesprächen und Erörterungen³⁸⁵ in ihren Hauptpunkten nicht verändert werden, es also nicht zu einer Nachbesserung der Angebote kommen darf.³⁸⁶

Als gesetzliche Grundlage für eine Verhandlungsmöglichkeit über Angebote beim wettbewerblichen Dialog kommt § 162 Abs 3 BVergG 2006 in Betracht. Diese, in Umsetzung des Art 29 Abs 6 2.Satz VKR ergangene Bestimmung, ermöglicht es dem Auftraggeber, Klarstellungen, Präzisierungen und Ergänzungen zu den Angeboten, ein so genanntes „*Fine Tuning*“ der Teilnehmer einzuholen. Dem Gesetz sind freilich keine näheren Informationen über Reichweite und Umfang dieser Nachjustierungen zu entnehmen. Es ist lediglich festgelegt, dass diese nicht zu einer grundlegenden Änderung des Projekts führen dürfen. Die Beilagen zur Regierungsvorlage enthalten allerdings die Aussage, dass der wettbewerbliche Dialog ein Verfahren *sui generis* sei und daher auch in der Phase der Angebotsabgabe nicht wie ein offenes oder nichtoffenes Verfahren ablaufe.³⁸⁷ Dies deutet wohl daraufhin, dass dem Auftraggeber eine Erlaubnis zu Nachverhandlungen eingeräumt werden soll.³⁸⁸

³⁸⁵ Vgl § 127 BVergG 2006.

³⁸⁶ Verschuur, Competitive Dialogue and the Scope for Discussing after Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder – What is Fine Tuning, etc.?, P.P.L.R. 2006, 330.

³⁸⁷ 1171 BlgNR XXII GP 103.

³⁸⁸ Siehe dazu auch die Stellungnahme der Republik Österreich zum Grünbuch „ÖPP“, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, 10. In dieser macht die Republik Österreich ihren Standpunkt klar, dass Verhandlungen nach Einbringung der Angebote zulässig seien und verweist dabei auf das dahingehende Verständnis bei der Besprechung der Bestimmung des Art 29 Abs 6 VKR.

Dazu im Widerspruch steht jedoch die Auffassung der Europäischen Kommission. Diese bezeichnet den Spielraum des öffentlichen Auftraggebers nach Vorlage der Angebote als eher gering. Dabei wird auf das allgemeine Verhandlungsverbot und auf den letzten Satz des 31. Erwägungsgrundes der VKR verwiesen, welcher den Wettbewerb unter den Bietern und deren Gleichbehandlung in diesem Verfahrensstadium schützt.³⁸⁹

Ein generelles Verhandlungsverbot nach Einreichung der Angebote war in Art 30 Abs 1 letzter Satz des Erstvorschlags der VKR deutlich festgehalten. Dazu ist auch in der Begründung des Erstvorschlags der VKR³⁹⁰ unter Punkt 3.8. letzter Satz festgehalten: *„Die Angebote werden anhand der Zuschlagskriterien geprüft, und der Auftrag wird ohne jede weitere Möglichkeit zur Verhandlung vergeben.“* Von diesem strikten Verhandlungsverbot ist man jedoch im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens abgekommen.

Die endgültige Bestimmung der VKR lässt dennoch die Frage betreffend die Zulässigkeit von Nachverhandlungen offen, was zu Diskussionen in der Literatur geführt hat. *Lessiak*³⁹¹ erläutert, dass zwar ein Verhandeln nicht ausdrücklich festgelegt sei, die Wendung *„klarstellen, präzisieren, fein abstimmen und ergänzen“* im Ergebnis aber eine entsprechende Möglichkeit einräume. Außerdem sei es dem Bieter nicht möglich, sein Angebot zu ergänzen, ohne zu verhandeln.

*Fruhmann/Mayr*³⁹² vertreten die Auffassung, dass *„unter Beachtung des Diskriminierungsverbots und des Wettbewerbgrundsatzes der Auftraggeber mit den Bietern präzisierende Verhandlungen führen kann.“* Wesentliche Elemente der Angebote dürfen jedoch nicht verändert und dem Bieter keine neuen Verpflichtungen auferlegt werden. *Knauff*³⁹³ präzisiert, indem er lediglich Verhandlungen zu Detailfragen betreffend Auftragsbestandteile, welche nicht Gegenstand der

³⁸⁹ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 10.

³⁹⁰ Begründung des „Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 30.08.2000, KOM (2000) 275, endg./2, 8.

³⁹¹ *Lessiak*, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 303.

³⁹² *Fruhmann/Mayr*, Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92.

³⁹³ *Knauff*, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287, 294.

Dialoggespräche waren, als zulässig ansieht. Nach *Müller/Veil*³⁹⁴ können pauschal „begrenzte Nachverhandlungen“ geführt werden.

Hingegen sieht *Schröder*³⁹⁵ in Art 29 Abs 6 2. Satz VKR keine Verhandlungserlaubnis und weist dabei auf die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen hin. *Opitz*³⁹⁶ fügt hinzu, dass zur Vermeidung von illegalen Nachverhandlungen, also Klarstellungen, Präzisierungen und Ergänzungen, welche über das gestattete Ausmaß hinauslaufen, gefordert werden sollte, dass das Fine-Tuning schriftlich zwischen Auftraggebern und Bietern durchgeführt werden muss.

Zusammenfassend muss man zu dem Schluss kommen, dass sich beim wettbewerblichen Dialog kein Spielraum für Verhandlungen nach Einreichung der endgültigen Angebote der Bieter eröffnet. Einerseits ist in den zitierten Bestimmungen der VKR und des BVergG 2006 ein Verhandeln nicht ausdrücklich vorgesehen. Hätte diese Möglichkeit eröffnet werden sollen, wäre ein ausdrückliches Festlegen die logische Konsequenz gewesen. Andererseits reicht die Erlaubnis zur Präzisierung, Klarstellung und Ergänzung nicht aus, um ein Verhandeln über Angebote zu rechtfertigen. Unter Präzisierung ist nämlich die nähere Bestimmung von bereits ausgeführten Inhalten zu verstehen. Durch Klarstellungen sollen wiederum mehrdeutige Verständnismöglichkeiten vermieden werden und das Ergänzen soll lediglich Feinjustierungen zulassen.³⁹⁷

Ein Zulassen von Verhandlungen nach Angebotlegung wäre jedoch ganz im Sinne des Zwecks der Einführung des wettbewerblichen Dialogs gestanden. Mit der Schaffung des wettbewerblichen Dialoges sollte dem Missstand entgegengetreten werden, dass dem Auftraggeber eines komplexen Auftrages Verfahren mit zu geringer Flexibilität zur Verfügung standen. Der enge Anwendungsbereich des gegenüber offenem und nicht offenem Verfahren flexibleren Verhandlungsverfahrens machte die Flucht in diese Verfahrensart bei komplexen Aufträgen nicht leicht.

³⁹⁴ *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 301.

³⁹⁵ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 223.

³⁹⁶ *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451, 455.

³⁹⁷ Kolpatzik, „Berater als Bieter“ und „Bieter als Berater“ - „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279, 295.

Dennoch verfolgte die Kommission auch die Absicht, der aus ihrer Sicht übermäßigen Anwendung des als Ausnahmeverfahren konzipierten Verhandlungsverfahrens Herr zu werden,³⁹⁸ indem dieses durch den wettbewerblichen Dialog bei der Vergabe besonders komplexer Aufträge ersetzt werden sollte. Nun stellt mit Sicherheit die Dialogphase eine Komponente der gewonnenen Flexibilität durch den wettbewerblichen Dialog dar. Doch wäre zu wünschen, dass auch beim wettbewerblichen Dialog Nachverhandlungen über eingereichte Angebote wie beim Verhandlungsverfahren als zulässig erachtet werden, um die durch die Dialogphase erhaltenen Vorteile des wettbewerblichen Dialoges nicht in der Angebotsphase des Verfahrens wieder zu verspielen.³⁹⁹ Aus dem Nachverhandlungsverbot folgt nämlich, dass der Auftraggeber – um sicher zu gehen, in allen Belangen zufriedenstellende Angebote zu erhalten – sämtliche Detailfragen des Vorhabens, auch wenn sie nicht besonders komplexe Punkte betreffen, in der Dialogphase mit den Teilnehmern erörtern muss.⁴⁰⁰ Dies führt zu einer unerwünschten Verfahrensverzögerung bei einem Verfahren, das ohnehin schon einen hohen Zeit- und Kostenaufwand für alle Beteiligten erwarten lässt. Das diesbezügliche Gegenargument, für das Fine-Tuning sollten beim wettbewerblichen Dialog sogar noch engere Grenzen als beim offenen und nicht offenen Verfahren gelten, da der Kontakt zwischen Auftraggebern und Bietern schon vor Einreichung der Angebote in ausreichendem Maß stattgefunden habe, geht daher ins Leere.⁴⁰¹

6) Die Zuschlagsentscheidung

Nach Einreichung der Angebote hat der Auftraggeber diese wie im offenen Verfahren zu prüfen und anhand der Zuschlagskriterien zu werten.⁴⁰² Obwohl die Zuschlagskriterien im wettbewerblichen Dialog mangels einheitlicher Auftragsbedingungen nicht die gleiche Regelungsdichte wie in den anderen Verfahrensarten haben können, bilden sie den alleinigen Maßstab für die Bewertung.⁴⁰³ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf § 159 Abs 2 BVergG

³⁹⁸ Grünbuch Vergaberecht (FN 153), 13.

³⁹⁹ Vgl auch: *Kennedy-Loest*, What can be done at the preferred bidder stage in Competitive Dialogue?, P.P.L.R. 2006, 318.

⁴⁰⁰ *Fruhmann/Mayr*, Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92, 93 (Fn 11).

⁴⁰¹ *Verschuur*, Competitive Dialogue and the Scope for Discussing after Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder – What is Fine Tuning, etc.?, P.P.L.R. 2006, 330.

⁴⁰² *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 775.

⁴⁰³ *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 24.

2006, welcher seine Wurzeln in Art 29 Abs 1 letzter Satz der VKR hat. Demnach ist beim wettbewerblichen Dialog der Zuschlag ausschließlich dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Eine Zuschlagserteilung nach dem Billigstbieterprinzip kommt daher beim wettbewerblichen Dialog nicht in Betracht.

Der auf jene Art ermittelte Bestbieter kann schließlich noch vom Auftraggeber aufgefordert werden, nähere Erläuterungen zu seinem Angebot zu erstatten bzw. in diesem enthaltene Zusagen zu bestätigen.

Auch für diese nach § 162 Abs 5 BVergG 2006 vorgesehenen Erläuterungen zum Anbot gilt, dass das Angebot nicht substantiell verändert werden darf. Unstrittig ist, dass diese Bestimmung ebenfalls keine Verhandlungsmöglichkeit einräumt.⁴⁰⁴ Die Europäische Kommission hat dies auch bezüglich der entsprechenden Bestimmung in der VKR ausdrücklich festgestellt.⁴⁰⁵ Selbst in jener Phase des Verfahrens, in welcher der Auftraggeber in jedem Fall einen „preferred bidder“ ermittelt, d.h. nur mehr ein Teilnehmer bzw. Bieter zur Zuschlagserteilung in Frage kommt und somit die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen und Ungleichbehandlungen geringer als in früheren Phasen des Verfahrens erscheint, können daher keine Verhandlungen über Angebote geführt werden.

Der Regelung des § 162 Abs 5 BVergG ist jedoch leider nicht zu entnehmen, welche Vorgehensweise einzuschlagen ist, sollte der Bestbieter Zusagen nicht bestätigen können oder wollen. Auch die VKR bietet diesbezüglich keine Anhaltspunkte. Denkbar ist – um das durchgeführte Vergabeverfahren nicht zum Scheitern zu bringen –, dass der Auftraggeber in diesem Fall jenen Bieter zum Zug kommen lassen kann, der in der Wertungsliste als Zweitgereihter aufscheint.⁴⁰⁶

Nach Ablauf der 14-tägigen Stillhaltefrist kann der Zuschlag erteilt werden.

⁴⁰⁴ So zB *Lessiak*, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 303. *Kus*, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, *VergabeR* 2006, 851. *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, *NZBau* 2007, 216, 223.

⁴⁰⁵ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 10.

⁴⁰⁶ *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und Praktische Probleme, *Vergabe R* 2006, 451, 456.

7) Die Zahlung von Prämien

Wie in dieser Arbeit bereits an mehreren Stellen erörtert, ist die Teilnahme an einem wettbewerblichen Dialog für die Unternehmen ein kostspieliges Unterfangen. Ist nämlich in den klassischen Vergabeverfahren lediglich ein Angebot einzureichen, über welches nur im Falle des Verhandlungsverfahrens noch innerhalb der dort zu beachtenden Grenzen verhandelt werden kann,⁴⁰⁷ so ist beim wettbewerblichen Dialog damit zu rechnen, dass von den Teilnehmern der oder die Lösungsvorschläge öfters stark überarbeitet werden müssen, was zu hohem Zeit- und Personalaufwand führt. Von besonderer Bedeutung für die Teilnehmer am Dialogverfahren ist daher die Zuerkennung eines Aufwandsatzes für die Kosten, welche mit dem Erstellen von Lösungsvorschlägen und –konzepten während der Dialogphase verbunden sind.

Von der VKR wird es der einzelnen Vergabestelle freigestellt, eine Kostenerstattung bzw. die Zahlung von Prämien an die Teilnehmer des wettbewerblichen Dialogs vorzusehen.⁴⁰⁸ Bei der Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in das nationale Bundesvergabegesetz hat der österreichische Gesetzgeber den sich daraus ergebenden Spielraum nicht genutzt, um eine verpflichtende Kostenerstattung einzuführen. Vielmehr wurde die Richtlinienbestimmung übernommen, wonach der Auftraggeber festlegen kann, ob er Zahlungen und Prämien für die Teilnehmer am Dialog vorsehen möchte. Gemäß § 160 Abs 2 letzter Satz BVergG 2006 hat er seine Entscheidung entweder in der Bekanntmachung, spätestens aber in der Beschreibung mitzuteilen. Im Gegensatz dazu hat der deutsche Gesetzgeber die Auftraggeber zur Kostenerstattung verpflichtet, also für eine obligatorische Kostenerstattung an die Teilnehmer gesorgt.⁴⁰⁹ Dies stellt einen der signifikantesten Unterschiede zwischen der deutschen und der österreichischen Rechtslage dar.

Dem Auftraggeber ist es jedoch im eigenen Interesse zu empfehlen, für eine Kostenerstattungsregelung Sorge zu tragen. Zweifelsfrei macht das Vorsehen einer Kostenerstattung durch den Auftraggeber eine Beteiligung am Dialog für Unternehmen attraktiver, zumal es sich bisher als problematisch herausgestellt hat,

⁴⁰⁷ Vgl dazu unten Punkt III)B)4)a)iv).

⁴⁰⁸ Art 29 Abs 8 VKR.

⁴⁰⁹ § 6a Abs 7 dVgV (deutsche Verordnung zur Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung - VgV), siehe dazu auch *Heiermann*, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 776.

eine größere Zahl an Unternehmen für die Beteiligung an PPP- Projekten zu gewinnen.⁴¹⁰ Der wettbewerbliche Dialog verlangt eine möglichst große Zahl an Teilnehmern, um einen ansprechenden Wettbewerb zu gewährleisten. Ein solcher kann sich nur unter mehreren – zumindest drei Teilnehmern – abspielen.

Auch unter Beachtung der dynamischen Natur eines Dialogverfahrens, in dem Veränderungen bereits ausgearbeiteter Vorschläge wohl die Regel sind, wäre es auch im Sinne der Fairness gegenüber den Unternehmen, eine Abgeltung vorzusehen, wie dies auch im Begutachtungsverfahren zum BVergG 2006 gefordert wurde.⁴¹¹ Die Aufwendungen, die im Dialogverfahren von Unternehmerseite zu tragen sind, übertreffen sicher jene, die in den anderen erwähnten Arten des Vergabeverfahrens erwartet werden können. Werden ausgearbeitete Lösungsvorschläge und –konzepte nicht finanziell abgegolten, ist zu befürchten, dass sich vor allem Klein- und Mittelbetriebe die Teilnahme an einem wettbewerblichen Dialog nicht werden leisten können.⁴¹²

Unter Punkt II)E)3)f) dieser Arbeit ist schon angesprochen worden, dass die am Dialog teilnehmenden Unternehmen das nicht zu unterschätzende Risiko der Verbreitung ihres kostbaren Know-hows in Kauf nehmen müssen. Auch im Hinblick auf dieses Risiko wäre das Vorsehen eines Kostenersatzes als ein Mindestmaß an Gegenleistung angebracht.

Abschließend ist noch festzuhalten, dass es sich bei diesen Zahlungen lediglich um Aufwandsentschädigungen, nicht aber um darüber hinausgehende Honorar- oder Preisgeldzahlungen handeln kann.⁴¹³

⁴¹⁰ 1171 BlgNR XXII GP 101.

⁴¹¹ 45/SN-308/ME XXII. GP – Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer zum Ministerialentwurf des BVergG 2006, 5, 20/SN-308/ME XXII. GP - Stellungnahme der Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs zum Ministerialentwurf des BVergG 2006, 10.

⁴¹² *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 92.

⁴¹³ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216,224.

F) Wettbewerblicher Dialog und Public-Private-Partnership

1) Allgemeines

Wie bereits dem Wortlaut „Public-Private-Partnership“⁴¹⁴ zu entnehmen ist, handelt es sich dabei um die Zusammenarbeit der öffentlichen Hand und der privaten Wirtschaft. Der Begriff PPP stellt keinen Rechtsbegriff dar, sondern wird in der einschlägigen Literatur⁴¹⁵ als Ober- bzw. Sammelbegriff für eine Vielzahl von Erscheinungsformen der Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und der privaten Wirtschaft herangezogen. Dabei werden sowohl Kooperationsformen auf Vertragsbasis als auch in Form von gemeinsamen, so genannten gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften erfasst.⁴¹⁶

Unmittelbar nach Verabschiedung der VKR und der SKR veröffentlichte die Europäische Kommission am 30.04.2004 ein Grünbuch *„zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“* (im Folgenden: Grünbuch ÖPP).⁴¹⁷ In diesem lautet es unter Punkt 13. wie folgt: *„Die Kommission hat im Bereich des öffentlichen Vergaberechts bereits auf die Verbreitung von ÖPP reagiert...“* *„Darüber hinaus wird durch die neuen Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates zur Modernisierung und Vereinfachung des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens ein innovatives Vergabeverfahren eingeführt, das eigens auf die Vergabe „besonders komplexer Aufträge“ und somit auf bestimmte Formen von ÖPP zugeschnitten ist. Dieses neue Verfahren, das als „wettbewerblicher Dialog“ bezeichnet wird,*

⁴¹⁴ Da in Österreich der Begriff „Öffentlich-Private-Partnership“ nicht gebräuchlich ist, sondern vielmehr die englische Bezeichnung „Public-Private Partnership“ Verwendung findet, wird auch in dieser Arbeit der englische Begriff bzw. die Abkürzung „PPP“ verwendet. Vgl.: Republik Österreich, Stellungnahme zum Grünbuch „ÖPP“, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, 1f.

⁴¹⁵ Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9; Schwartz, PPP und Vergaberecht, ecolex 2005, 14. Dreher, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 246. Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NVWB 2005, 1. Vgl. auch den Bericht der Europäischen Kommission für den Europäischen Rat von Laeken vom 17.10.2001, RZ 37: *„Öffentlich-private Partnerschaften bezeichnen im allgemeinen sämtliche Formen der Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor zum Zweck der Erbringung von Dienstleistungen für die Öffentlichkeit.“*

⁴¹⁶ Karass, Vergaberecht und PPP aus europäischer Sicht, Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP II, Wien 2005, 229, 233.

⁴¹⁷ Grünbuch der Europäischen Kommission, *„zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“*, KOM (2004) 327 endg vom 30.04.2004, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:DE:PDF>.

ermöglicht den öffentlichen Stellen, mit den Bewerberunternehmen Gespräche zu führen, um die am besten geeigneten Lösungen zu ermitteln.“

Die Europäische Kommission bringt somit im Grünbuch ÖPP – wie auch bereits zuvor in ihren Erläuterungen zum wettbewerblichen Dialog⁴¹⁸ - zum Ausdruck, dass sie die Vergabe von PPP - Projekten als einen Hauptanwendungsfall des wettbewerblichen Dialoges qualifiziert und gibt gleichzeitig eine Empfehlung für dessen Heranziehung ab.

Zwar hat die Regierung der Bundesrepublik Deutschland den wettbewerblichen Dialog bereits vor der Umsetzung der übrigen Vorschriften der VKR im Rahmen des so genannten „*ÖPP-Beschleunigungsgesetzes*“⁴¹⁹ im Jahre 2005 in das deutsche Vergaberecht eingeführt.⁴²⁰ In ihrer Stellungnahme zum Grünbuch ÖPP offenbart sie jedoch eine eher skeptische Haltung zu der dort vertreten Ansicht vorzüglicher Eignung des wettbewerblichen Dialoges für ÖPP-Projekte. Obwohl sie die Eignung des wettbewerblichen Dialoges als Verfahren zur Vergabe von PPP-Projekten nicht grundsätzlich in Frage stellt, klingen Zweifel an, ob der wettbewerbliche Dialog gegenüber dem zuvor erfolgreich bei der Vergabe von PPP-Projekten herangezogenen Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb Vorzüge bringen können wird.⁴²¹

Eine grundsätzlich positive Haltung zur Vergabe von PPP-Projekten im wettbewerblichen Dialog dürfte die Republik Österreich einnehmen. In ihrer Stellungnahme zum Grünbuch ÖPP heißt es: *Grundsätzlich scheint das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs durchaus geeignet, ein PPP-Projekt auf Vertragsbasis zu vergeben.*⁴²²

⁴¹⁸ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 3.

⁴¹⁹ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften, dBGBI I, 2676/2005.

⁴²⁰ Die restlichen Bestimmungen des EU-Legislativpaktes sind in Deutschland erst teilweise umgesetzt. Die Einarbeitung der zwingenden europäischen Neuerungen in das deutsche Vergaberecht erfolgte erst am 01.11.2006 durch das Bundesgesetz vom 26.10.2006 (dBGBI 2334/2006), vgl dazu: *Byok*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2006, NJW 2008, 559.

⁴²¹ Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch „ÖPP“, 13, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/stellungnahme-der-regierung-der-bundesrepublik-deutschland-zu-dem-gruenbuch.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴²² Republik Österreich, Stellungnahme zum Grünbuch „ÖPP“, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, 8, abrufbar unter: http://www.bka.gv.at/2004/9/6/stellungnahme_gruenbuch.pdf.

Die soeben zitierten Standpunkte offizieller Stellen geben Grund und Anlass dafür, die Bedeutung des wettbewerblichen Dialoges speziell für die Vergabe von PPP-Projekten näher zu beleuchten. Dabei ist vornehmlich die „besondere Komplexität“ dieser Projekte zu untersuchen. Vorweg kann dazu festhalten werden, dass die einem wettbewerblichen Dialog zugrunde liegende Ausgangslage, nämlich das Vorhandensein konkreter Vorstellungen über das Ergebnis verbunden mit der Unkenntnis über dessen – auch in finanzieller Hinsicht bestmögliche – Realisierung auch oftmals ident die Ausgangssituation vor einem PPP-Projekt darstellt.⁴²³

2) Exkurs: Public-Private-Partnership

(a) Definition, Zweck und systematische Einordnung von PPP

Da weder dem europäischen noch dem österreichischen Recht eine positiv-rechtliche Definition von PPP zu entnehmen ist,⁴²⁴ war die Republik Österreich in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch ÖPP gezwungen, ihren Ausführungen eine Arbeitsdefinition zu Grunde zu legen. Nach dieser Arbeitsdefinition handelt es sich bei PPP um *„eine auf Dauer angelegte Kooperation von öffentlicher Hand und privater Wirtschaft bei der Planung, der Erstellung, der Finanzierung, dem Betreiben oder der Verwertung von (bislang) öffentlichen Aufgaben mit angemessener Verteilung der Risiken und Verantwortlichkeiten.“*⁴²⁵

Die in dieser Arbeitsdefinition zum Ausdruck kommenden Merkmale von PPP decken sich mit jenen Merkmalen, welche auch die Kommission im Grünbuch ÖPP einer PPP typischerweise zukommen lässt.⁴²⁶ Diese sind im Einzelnen:

- eine langfristige Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und der privaten Wirtschaft;

⁴²³ Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 292.

⁴²⁴ Grünbuch ÖPP (FN 414), 3.

⁴²⁵ Republik Österreich, Stellungnahme zum Grünbuch „ÖPP“, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, 2. Vgl auch die ähnliche Definition von Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NVWB1 2005, 1: „Unter PPP wird - vorrangig - die meist langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden, bei der die erforderlichen Ressourcen (z.B. Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal) in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden.“

⁴²⁶ Grünbuch ÖPP (FN 414), 3.

- die Finanzierung eines Projektes wird (zumindest teilweise) von privaten Unternehmen übernommen;
- die privaten Unternehmen beteiligen sich an und in verschiedenen Phasen des PPP-Projektes (Planung, Durchführung, Betrieb, etc.);
- die öffentliche Hand gibt die zu verwirklichenden Ziele vor;
- die Risiken und Verantwortlichkeiten des Projektes, welche üblicherweise die öffentliche Hand allein trägt, werden zwischen dieser und den privaten Unternehmen geteilt;

Die EU Kommission – und damit auch die Republik Österreich - gehen somit von einem äußerst weit gefassten Begriffsverständnis einer PPP aus.⁴²⁷

Mit dem Begriff „PPP“ wird im Allgemeinen etwas Vorteilhaftes suggeriert, soll er doch für Kooperationsbereitschaft und Fortschrittlichkeit stehen.⁴²⁸ Ziel einer PPP ist es auch, durch bestmögliche Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und einem oder mehreren privaten Partnern eine wirtschaftlich effiziente Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu erreichen. Speziell in Zeiten knapper Staatskassen erfreuen sich daher die im Folgenden darzustellenden Modelle von PPP als Finanzierungsinstrumente hoher Beliebtheit.⁴²⁹ Der PPP-Ansatz darf jedoch nicht auf die Finanzierungsfunktion beschränkt oder gar reduziert werden. PPP-Projekte rechtfertigen ihre Verwendung größtenteils aus Effizienzgewinnen (Lebenszyklusansatz)⁴³⁰ und stellen ein umfassendes Organisations- und Beschaffungsmodell dar. Die Verbindung dieser Faktoren ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber die Nutzung privaten Know-hows und privatwirtschaftlicher Handlungsrationalität zur Verwirklichung öffentlicher Projekte.⁴³¹

⁴²⁷ *Ruhland/Burgi*, Das Grünbuch der EG-Kommission zu öffentlich privaten Partnerschaften (ÖPP) und die Vergaberechtsreform, VergabeR 2005, 1.

⁴²⁸ *Tettinger*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764.

⁴²⁹ *Uechtritz/Ottmig*, Das “ÖPP – Beschleunigungsgesetz”: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, 1105.

⁴³⁰ Vorhaben im Lebenszyklusansatz sind dadurch charakterisiert, dass sie – im speziellen bei PPP-Projekten – aus einer Vielzahl von Elementen zusammengesetzt sind. Sie umfassen daher von der Planung über die Realisierung und Finanzierung bis hin zur Verwertung alle Phasen eines Projektes (vgl. *Heiermann*, Der wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766, 768).

⁴³¹ *Müller-Wrede*, Vor- und Nachteile von PPP-Projekten, in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP IV, Wien 2007, 169, 171f.

In systematischer bzw. verwaltungsrechtlicher Hinsicht sind PPP-Projekte als Formen der funktionalen Privatisierung zu betrachten.⁴³² Es wird eine öffentliche Aufgabe aus der öffentlichen Sphäre in den privaten Bereich ausgelagert. Die funktionale Privatisierung ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass der Staat bei der Aufgabenerfüllung unter Beibehaltung der Erfüllungsverantwortung private Partner hinzuzieht. Einerseits wird dabei die Aufgabenerfüllung unter Nutzung finanzieller Ressourcen und Know-hows übertragen, andererseits behält jedoch die öffentliche Hand die Kontrolle über die Aufgabenerfüllung.⁴³³

(b) Die Erscheinungsformen von PPP und deren vergaberechtliche Behandlung

(i) Allgemeines

Wie schon oben unter Punkt. II)F)1) erwähnt wird bei PPP zwischen solchen auf Basis eines Vertrages und solchen auf organisatorischer Basis unterschieden. Bei ersteren ist vor allem auf das Konzessionsmodell und auf das Betreibermodell zu verweisen, welche auch in Bezug auf den wettbewerblichen Dialog von erhöhtem Interesse sind. Bei letzteren handelt es sich um die so genannten gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften.

In Bezug auf die vergaberechtliche Behandlung dieser Modelle kann generell gesagt werden, dass sie sich nicht als „Fluchthelfer“ aus dem Vergaberecht eignen. Ist der Leistungsgegenstand eine öffentliche Aufgabe, so handelt es sich bei der Auslagerung der Erbringung dieser Leistung auf ein privates Unternehmen um eine staatliche Maßnahme, die sich am Gemeinschaftsrecht messen lassen muss. Es handelt sich bei PPP-Modellen somit um eine alternative Beschaffungstechnik, bei welcher die Auswahl des privaten Partners dem Vergaberecht unterliegt.⁴³⁴

⁴³² Näheres dazu bei: Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht², Wien 2003, 29 f.

⁴³³ Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NWVBI 2005, 1, 2.

⁴³⁴ Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 10.

Diese Unterordnung der Vergabe von PPP-Projekten unter das Regelungswerk des Vergabeverfahrens⁴³⁵ wird häufig als „Hemmschuh“⁴³⁶ für das Vorantreiben neuer Formen der Verwaltungskooperation empfunden. Ist die strenge Formulierung des Vergabeverfahrens auf der einen Seite zur Vorbeugung vor Diskriminierungen sinnvoll, so steht es doch im Spannungsverhältnis zur Grundidee eines PPP-Projektes, welches das Ziel verfolgt, dem privaten Partner ausreichend Spielräume zu überlassen, um mit innovativen und kreativen Problemlösungen das für beide Seiten wirtschaftlichste und beste Lösungskonzept zu realisieren. Diesem Spannungsverhältnis soll die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges Rechnung tragen.⁴³⁷

(ii) PPP auf Vertragsbasis

01 Das Konzessionsmodell

Die Europäische Kommission bezeichnet das Konzessionsmodell im Grünbuch ÖPP als das bekannteste Instrument einer PPP. Kennzeichnend für ein Konzessionsmodell sei die direkte Verbindung zwischen dem privaten Partner und dem Endnutzer der Leistung. Der private Partner erbringe somit die Leistung anstelle der öffentlichen Hand unter deren Aufsicht.⁴³⁸

Das BVergG 2006 definiert die Bau- bzw. Dienstleistungskonzession wie folgt: Baukonzessionsverträge⁴³⁹ bzw. Dienstleistungskonzessionsverträge⁴⁴⁰ sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Bauaufträgen bzw. von Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Bauleistungen bzw. für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich im Recht

⁴³⁵ Da es sich bei PPPs stets um Projekte mit verhältnismäßig hohem Auftragswert handeln wird, werden diese wohl stets in den europarechtlich determinierten Oberschwellenbereich fallen.

⁴³⁶ Uechtritz/Otting, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, 1105, 1106.

⁴³⁷ Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl 2006, 1492, 1496.

⁴³⁸ Grünbuch ÖPP (FN 414), 9.

⁴³⁹ § 7 BVergG 2006.

⁴⁴⁰ § 8 BVergG 2006.

zur Nutzung des Bauwerkes bzw. der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.⁴⁴¹

Trotz der wortgleichen Definition von Bau – und Dienstleistungskonzessionen sind sie vergaberechtlich unterschiedlich zu behandeln. Während für Baukonzessionen das Vergaberecht – wenn auch abgeschwächt - zur Anwendung gelangt,⁴⁴² sind für Dienstleistungskonzessionen gemäß § 11 BVergG 2006 nur einige wenige Bestimmungen dieses Gesetzes sowie die Grundfreiheiten, im speziellen Art 43 EG, und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot anwendbar.⁴⁴³ Zudem sind für Dienstleistungskonzessionen die Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und der gegenseitigen Anerkennung von Bedeutung.⁴⁴⁴ Der Regelungsinhalt des § 11 BVergG 2006 ist somit mit Art 17 VKR, welcher die VKR als für Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar erklärt, im Einklang.

Der Konzessionsvertrag charakterisiert sich also dadurch, dass ein privates Unternehmen eine öffentliche Aufgabe erbringt, aus welcher es im Anschluss auf eigenes Risiko den wirtschaftlichen Nutzen ziehen darf.⁴⁴⁵ Das private Unternehmen übernimmt dabei die Planung und die Finanzierung eines Bauwerkes oder einer Dienstleistung. Durch das Recht der anschließenden wirtschaftlichen Nutzung soll das private Unternehmen die Kosten der Errichtung refinanzieren. Es trägt somit das Refinanzierungsrisiko, also das Risiko der erfolgreichen wirtschaftlichen Verwertung. Das Recht des privaten Partners auf Nutzung bzw. auf Verwertung der Leistung stellt gleichzeitig das Abgrenzungsmerkmal zum reinen Bau- bzw. Dienstleistungsauftrag dar.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ Vgl auch die wortgleichen Definitionen in Art 1 Abs 3 und 4 VKR.

⁴⁴² Vgl §§ 142 ff. BVergG als *leges speciales* zum allgemeinen Vergaberecht, vgl *Lessiak*, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 291.

⁴⁴³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu „*öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen.*“, KOM (2005) 569 endg, 7.

⁴⁴⁴ EuGH vom 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*.

⁴⁴⁵ *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NWVB 2005, 1, 4.

⁴⁴⁶ *Dreher*, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 246. Vgl. auch: EuGH vom 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname* bzw. EuGH vom 13.10.2003, Rs C-458/03, *Parking Brixen*. Allgemein zu den Merkmalen einer Dienstleistungskonzession: SA von GA Alber vom 18.03.1999, Rs C-108/98, *R.I.SAN. Srl/Comune di Ischia*.

Für die Annahme eines Konzessionsvertrages ist es daher erforderlich, dass der Vertrag so ausgestaltet ist, dass der private Partner das überwiegende wirtschaftliche Risiko zu tragen hat.⁴⁴⁷

Als Beispiele für Konzessionsverträge seien die Errichtung von Autobahnabschnitten bzw. eines Bürogebäudes verbunden mit dem Recht zur Maut- bzw. Mietzinseinhebung (Baukonzession) oder aber die Übertragung des öffentlichen Personenverkehrs auf private Verkehrsunternehmen verbunden mit dem Recht zur Einhebung der Fahrpreise erwähnt (Dienstleistungskonzession).

02 Das Betreibermodell

Beim Betreibermodell erbringt das private Unternehmen eine exakt definierte Leistung gegenüber der öffentlichen Hand und erhält im Gegenzug ein Entgelt. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten werden in einem Betreibervertrag geregelt. Das Betreibermodell ist meist dadurch gekennzeichnet, dass das Unternehmen eine Bauleistung plant, finanziert und für einen bestimmten Zeitraum betreibt. Die Leistungen aus der Betreibung werden jedoch für den öffentlichen Auftraggeber erbracht, von dem der Betreiber auch ausschließlich Entgelte bezieht. Der Betreiber tritt weiters nach außen nicht als selbstständiger Rechtsträger, sondern lediglich als Verwaltungshelfer in Erscheinung. Aus Sicht des Endnutzers stellen sich somit die Leistungen des Betreibers als Leistungen der öffentlichen Hand dar.⁴⁴⁸

Der wesentliche Unterschied des Betreibermodells zum Konzessionsmodell liegt somit darin, dass der private Partner beim Betreibermodell kein Refinanzierungsrisiko trägt. Der Betreiber trägt somit lediglich das Kalkulationsrisiko, dass das vom öffentlichen Auftraggeber vertraglich zu leistende Entgelt für die Betreiberleistung ausreichend ist. Ob sich jedoch die erbrachte Leistung aufgrund der Nutzung durch die Endverbraucher auch tatsächlich rechnet, stellt hingegen das Risiko des Auftraggebers dar. Dieser hebt auch selbst das Entgelt der Endverbraucher ein. Da beim Betreibermodell somit die Finanzierung des Vorhabens im Vordergrund steht,

⁴⁴⁷ Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 290.

⁴⁴⁸ Dreher, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 253

wird in diesem Zusammenhang auch von „Private Finance Initiative“ (PFI) gesprochen.⁴⁴⁹

Daraus ergibt sich, dass beim Betreibermodell der öffentliche Auftraggeber das wirtschaftliche Risiko der Betreibung der Leistung trägt. Aus diesem Grund sind Betreibermodelle, auch wenn sie häufig Elemente mehrerer Auftragsarten enthalten, nach dem so genannten „main-object-test“ als reine Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträge zu qualifizieren und somit dem Bundesvergabegesetz 2006 unterstellt.⁴⁵⁰

Beispiele für Betreibermodelle sind Planung, Errichtung, Finanzierung und Betrieb von Abwasser- oder Müllentsorgungsanlagen. Diese Leistungen werden dem privaten Unternehmen von der öffentlichen Hand entgeltlich abgegolten, der auch die öffentlich-rechtliche Pflicht der Abwasser- bzw. Müllentsorgung verbleibt.

03 Sonstige PPP - Modelle auf vertraglicher Basis

Neben den eben behandelten Haupttypen der PPP-Modelle auf vertraglicher Basis sind weitere, weniger gebräuchliche bekannt. Beim Betriebsführungsmodell obliegt dem privaten Partner die Betreibung einer Anlage des öffentlichen Auftraggebers in dessen Namen und auf dessen Rechnung. Beim Betriebsüberlassungsmodell handelt es sich um eine Mischform zwischen dem Betreiber- und dem Betriebsführungsmodell, wobei dem privaten Unternehmen ein weiter gehender Gestaltungsspielraum als bei letzterem eingeräumt wird. Andere Modelle sind das Beratungs-, Entwicklungs- und das Managementmodell. Ebenso sind verschiedene Modelle im Finanzierungsbereich wie z.B. das Leasingmodell, das Factoring-Modell oder das Fondsmodell bekannt.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Grünbuch ÖPP (FN 414), 9.

⁴⁵⁰ Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 10.

⁴⁵¹ Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NWVB1 2005, 1, 3.

(iii) PPP - Modelle auf organisatorischer Basis

PPP-Modelle auf organisatorischer Basis erfassen all jene Erscheinungsformen von PPP, die eine Zusammenarbeit der öffentlichen Hand und der privaten Wirtschaft im Rahmen eines gemeinsamen Unternehmens, also im Rahmen einer eigenen Rechtsperson, vorsehen. Die Zusammenarbeit im Rahmen eines Unternehmens zeigt, dass bei einer PPP auf organisatorischer Basis der Kontinuität der Partnerschaft erhöhte Bedeutung zukommt. Die gemeinsamen Unternehmen, an welchen sowohl die öffentliche Hand als auch private Partner beteiligt sind, werden als gemischt wirtschaftliche Unternehmen bzw. Gesellschaften bezeichnet. Ihre Vorteile liegen in der verhältnismäßig starken Kontrollmöglichkeit der öffentlichen Hand gegenüber dem privaten Partner und in der Nutzung der privatwirtschaftlichen Erfahrungen.⁴⁵²

Diese Gesellschaften kommen meist auf zwei unterschiedliche Arten zustande. Einerseits werden Gesellschaften zu einem objektiven, in der Satzung festgehaltenen Zweck neu gegründet. Gleichzeitig mit der Gründung erfolgt in der Regel die Auftragsvergabe an die Gesellschaft (Kooperationsmodell).⁴⁵³ Andererseits werden Anteile einer bereits bestehenden und beauftragten Gesellschaft der öffentlichen Hand an ein privates Unternehmen verkauft (Beteiligungsfinanzierung).⁴⁵⁴

Die Planung, der Bau, der Betrieb und die Erhaltung von Einrichtungen der öffentlichen Abfallwirtschaft kann als Musterbeispiel für ein Kooperationsmodell angeführt werden.

Schon der Umstand, dass das Konzessions- wie das Betreibermodell organisatorisch in Form eines gemischt wirtschaftlichen Unternehmens verwirklicht werden können, macht ersichtlich, dass auch diese Erscheinungsform von PPP dem Vergaberecht unterliegt. Für dessen Anwendbarkeit spricht jedoch zusätzlich die Gesamtbetrachtung der Vorgänge bei der Schaffung von Kooperationsmodellen.

⁴⁵² *Ruhland/Burgi*, Das Grünbuch der EG-Kommission zu öffentlich privaten Partnerschaften (ÖPP) und die Vergaberechtsreform, VergabeR 2005, 1,8.

⁴⁵³ *Aicher*, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 10. *Dreher*, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 247.

⁴⁵⁴ *Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NVWBl 2005, 1, 4.

Stellen sowohl die Gründung eines Unternehmens, als auch die Anteilsveräußerung durch die öffentliche Hand noch keine ausschreibungspflichtigen Vorgänge dar, da es sich nicht um öffentliche Aufträge handelt, weisen diese Vorgänge in einer Gesamtbetrachtung dennoch einen Beschaffungsbezug auf, welcher die Anwendbarkeit des Vergaberechts begründet.⁴⁵⁵

3) Die Vergabe von PPP-Projekten im wettbewerblichen Dialog

(a) Allgemeines

„Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen' ist immer diejenige, die nach Prüfung sämtlicher Umstände des Einzelfalles voraussichtlich am besten und sichersten das gewünschte Ergebnis der Vergabestelle hervorbringen wird. Mit dem 'gewünschten Ergebnis' ist dabei nicht der aus der Sicht der Vergabestelle annehmbarste Bieter gemeint, sondern ein Zuschlagsprodukt, das rundherum zufrieden stellt und kostengünstig ist.“⁴⁵⁶

Diese Aussage dürfte in Bezug auf die praktischen und ökonomischen Überlegungen und Wünsche jedes öffentlichen Auftraggebers zutreffen, mit den Regelungen des europäischen Vergaberechts und dessen Anforderung ist sie jedoch nur beschränkt in Einklang zu bringen. Der Vergabe von PPP-Projekten haben vielmehr auf der einen Seite genaueste staatswirtschaftliche Überprüfungen voranzugehen und sind die anzuwendenden Vergabevorschriften und somit auch das anzuwendende Vergabeverfahren im Vorfeld durch rechtliche Untersuchungen zu ermitteln.

So hat der öffentliche Auftraggeber zu Beginn einer Vergabe eines PPP-Projekts eine so genannte Machbarkeitsstudie durchzuführen. Bei dieser wird die Frage untersucht, ob die Realisierung des Projektes im Wege eines PPP im Vergleich zur traditionellen Beschaffungsmethode wirtschaftliche Vorteile für den Auftraggeber erwarten lässt. Wird im Zuge dieser Studie die Wirtschaftlichkeit des PPP Projekts festgestellt, wird in der Regel ein Interessenbekundungsverfahren durchgeführt, bei welchem ermittelt werden soll, ob die zu vergebende Leistung durch einen privaten

⁴⁵⁵ Schwartz, PPP und Vergaberecht, ecolex 2005, 14. Grünbuch ÖPP (FN 414), 21f.

⁴⁵⁶ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851.

Anbieter erbracht werden kann. Bei positivem Abschluss ist als nächster Schritt das anzuwendende Vergabeverfahren zu ermitteln bzw. aus den zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren das für das konkrete PPP-Projekt als am besten geeignet erscheinende Verfahren auszuwählen.⁴⁵⁷ Schließlich ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die Ausschreibungsunterlagen bzw. die Beschreibung des Projekts so ausgestaltet sind, dass sie zwar dessen Grundanforderungen bzw. Zielsetzungen enthalten, dem privaten Partner aber bei der Angebotserstellung noch ausreichend Spielraum verbleibt, um seine Vorstellungen und Erfahrungen in das Projekt einfließen lassen zu können.⁴⁵⁸

Der Beschaffungsprozess bei einem PPP-Projekt stellt sich somit regelmäßig als äußerst komplex dar, zumal er aus technischen, wirtschaftlichen (finanziellen) und rechtlichen Komponenten zusammengesetzt ist. Daher ist für dessen Durchführung ein Vergabeverfahren mit höchst möglicher Flexibilität heranzuziehen.⁴⁵⁹

Das BVergG 2006 stellt – wie bereits oben unter Punkt I)F) näher ausgeführt - grundsätzlich vier eigenständige Verfahrensarten zur Verfügung. Diese sind namentlich das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog.⁴⁶⁰

Von diesen vier Vergabeverfahren scheiden jedoch bei der Vergabe von PPP-Projekten das offene und das nicht offene Verfahren aufgrund ihrer unflexiblen, starren und statischen Ausgestaltung regelmäßig aus. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass der Auftraggeber ein vollständiges Leistungsverzeichnis vorzugeben hat, auf dessen Grundlage die Bieter ihre Angebote einreichen. Dies führt dazu, dass den Bietern keine Möglichkeit für Veränderungen an der Ausgestaltung des Projektes offen steht, ihnen somit kein eigener Gestaltungsspielraum verbleibt.⁴⁶¹ Die Starrheit dieser Verfahren ergibt sich auch aus dem für diese ebenfalls charakteristischen Nachverhandlungsverbot, das die Bieter am Einbringen von Know-how über Änderungsvorschläge hindert. Der Auftraggeber

⁴⁵⁷ *Burbulla*, Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten, NJOZ, 211.

⁴⁵⁸ *Kus*, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851.

⁴⁵⁹ *Burbulla*, Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten, NJOZ, 211.

⁴⁶⁰ Vgl. zu den „Arten der Vergabeverfahren“ auch § 25 BVergG 2006, welcher allerdings auch unselbstständige Vergabearten wie die Rahmenvereinbarung oder das dynamische Beschaffungssystem aufzählt.

⁴⁶¹ *Burbulla*, Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten, NJOZ, 211, 220.

müsste somit bei einer Vergabe eines PPP-Projektes im offenen wie im nicht offenen Verfahren sämtliche mögliche technische Varianten sowie finanzielle und rechtliche Facetten vorausahnen bzw. selbst kennen. Somit widersprechen Ausgestaltung und Anforderungen dieser Verfahrensarten dem Grundgedanken von PPP-Projekten und sind sie daher nicht zur Vergabe dieser Projekte geeignet.⁴⁶²

Da somit komplexe Auftragsvergaben wie PPP-Projekte der Anwendung flexibler Vergabeverfahren bedürfen, sind als *„richtige’ Verfahrensart nicht ,insbesondere’, sondern ausschließlich das Verhandlungsverfahren und der neue wettbewerbliche Dialog‘*⁴⁶³ zu qualifizieren.

(b) Das Verhandlungsverfahren als Verfahren zur Vergabe von PPP-Projekten

Bislang wurden komplexe PPP-Projekte in den meisten Fällen im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben. Um die Anwendung des Verhandlungsverfahrens zu rechtfertigen, ist argumentiert worden, dass PPP-Projekte derart komplex wären, dass die endgültige Gestaltung der Leistung bzw, eine globale Preisgestaltung nicht in der Ausschreibung vorgenommen werden kann, sondern erst in Zusammenarbeit mit dem im Vergabeverfahren auszuwählenden Partner festgelegt werden kann.⁴⁶⁴ Die Europäische Kommission verfolgte jedoch das Ziel, der auf dieser Rechtfertigung basierenden fast obligatorischen Anwendung des Verhandlungsverfahrens entgegen zu treten. In diesem Zusammenhang sind auch ihre Ausführungen im Grünbuch ÖPP zu sehen, in welcher sie die Beschränkung der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens auf Ausnahmefälle⁴⁶⁵ betont. Die Europäische Kommission führt beispielsweise Arbeiten in einer geologisch instabilen Zone, deren Umfang zu Beginn des Verfahrens nicht

⁴⁶² Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, Vergabe R 2006, 851; anderer Ansicht ist offenbar Drömann, welcher für die Vergabe von PPP-Projekten, für welche bereits Musterverfahren und Musterverträge verfügbar sind, das offene und nicht offene Verfahren für ausreichend hält (Vgl Drömann, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751, 753).

⁴⁶³ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, Vergabe R 2006, 851, 852.

⁴⁶⁴ Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl 2006, 1492, 1494. Gestützt wurde die Anwendung des Verhandlungsverfahrens für diese Fälle z.B. auf Art 7 Abs 2 lit c RL 93/37/EWG (für Bauaufträge).

⁴⁶⁵ Zum Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens vgl Punkt III)B)3).

vorhersehbar ist, als Anwendungsfall des Verhandlungsverfahrens an. Hingegen seien Probleme bei der Preisfestlegung, die ihren Grund in einer komplexen finanziellen und rechtlichen Konstruktion hätten, nicht ausreichend, um die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zu rechtfertigen.⁴⁶⁶

Zudem zeichnet sich das Verhandlungsverfahren durch eine gewisse Intransparenz aus, welche vor allem in der entscheidenden Verhandlungsphase nach Abgabe der Angebote durch die Bieter die Gefahr von Diskriminierungen in sich birgt.⁴⁶⁷ Auf Grundlage dieser Feststellungen sind die intensiven Bestrebungen der Europäischen Kommission im Zuge des Legislativpakets⁴⁶⁸, ein neues, detailliert geregeltes Vergabeverfahren für die Vergabe von PPP-Projekten, den wettbewerblichen Dialog, einzuführen, erklärbar.

Das Verhandlungsverfahren soll jedoch auch weiterhin für die Vergabe von PPP-Projekten zur Verfügung stehen, vom wettbewerblichen Dialog in Bezug auf dessen Anwendungsbereich nicht völlig verdrängt werden.⁴⁶⁹ Der wettbewerbliche Dialog ist vielmehr als zusätzliches Angebot oder Alternative, nicht als zwingender Rechtsrahmen zu verstehen.⁴⁷⁰ Dies hat zur Folge, dass nach Einführung des wettbewerblichen Dialoges die gleichsam automatische Durchführung eines Verhandlungsverfahrens bei der Vergabe von PPP-Projekten nicht mehr haltbar ist.⁴⁷¹

(c) Die besondere Komplexität von PPP-Modellen

Der wettbewerbliche Dialog wird seit seiner Einführung durch die VKR unter Hinweis auf den Richtlinien text und das Grünbuch ÖPP sehr stark mit der Vergabe von PPP-Projekten verbunden. Diese Verbindung basiert auf der starken Intention der Europäischen Kommission, das Verfahren des wettbewerblichen Dialoges gerade für

⁴⁶⁶ Grünbuch ÖPP (FN 414), 10 bzw Fn 29.

⁴⁶⁷ *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, 249, 254.

⁴⁶⁸ Zu den Erwägungsgründen und Bestrebungen der Kommission im Zuge der Gesetzeswerdung des Legislativpakets im Bezug auf den wettbewerblichen Dialog siehe oben Punkt II)A)3).

⁴⁶⁹ *Lessiak*, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006, 288, 391. Näheres zum Verhältnis zwischen wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren siehe unter Punkt IV)B).

⁴⁷⁰ *Uechtritz/Ottmig*, Das “ÖPP – Beschleunigungsgesetz”: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, 1105, 1107.

⁴⁷¹ *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, 249, 255.

Vergaben von PPP-Projekten zur Verfügung zu stellen.⁴⁷² Dennoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Vergabe eines Auftrages in Form eines PPP-Projekts per se berechtigt, den wettbewerblichen Dialog anzustrengen. Dies gibt auch die Europäische Kommission zu bedenken, welche zwar PPP-Projekten eine besondere Komplexität in finanzieller und rechtlicher Hinsicht in den meisten Fällen zugesteht, vor einer Herausbildung von Automatismen im Sinne einer obligatorischen Anwendung des wettbewerblichen Dialoges jedoch warnt.⁴⁷³ Auch für Vergaben von PPP-Projekten im wettbewerblichen Dialog ist daher grundsätzlich auf den Einzelfall abzustellen. Entscheidendes Kriterium ist wiederum, dass das PPP-Projekt eine besondere Komplexität gemäß Art 1 Abs 9 lit c VKR bzw. § 34 Abs 2 BVergG 2006 aufweist, die es dem Auftraggeber unmöglich macht, die Mittel zu dessen Umsetzung in einer Ausschreibung hinreichend angeben zu können. Einleitend kann daher festgehalten werden, dass eine „Gleichsetzung von PPP-Projekten und besonderer Auftragskomplexität“⁴⁷⁴ und damit eine regelmäßige, unüberprüfte Anwendung des wettbewerblichen Dialoges bei der Vergabe von PPP-Projekten nicht möglich ist.⁴⁷⁵

Ist diese Aussage für das österreichische Bundesvergaberecht uneingeschränkt zutreffend, könnte sie jedoch für die deutsche Rechtslage mit Vorsicht zu betrachten sein. In diese Richtung geht wohl die folgende Darstellung bei *Müller/Brauser-Jung*.⁴⁷⁶ Dort wird zunächst die bemerkenswerte Feststellung getätigt: *„Und Art. 29 VKR stellt klar, dass der wettbewerbliche Dialog nur auf besonders komplexe Aufträge anwendbar ist, - was allerdings für ÖPP-Projekte regelmäßig zu bejahen sein wird.“* Wenige Absätze später wird dies jedoch zumindest stark relativiert: *„Bei der Gründung beschaffungsrelevanter ÖPP mag der wettbewerbliche Dialog im Hinblick auf die Komplexität und Innovationsabhängigkeit solcher Vorhaben typischerweise das geeignete Vergabeverfahren darstellen. Gleichwohl kommt er nicht automatisch zur Anwendung, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 6a VgV (diese Regelung entspricht bezüglich der Definition der besonderen Komplexität des § 34 Abs 2 BVergG 2006) im Einzelfall positiv und beurteilungsfehlerfrei festgestellt worden sind.“* Um einem drohenden Widerspruch

⁴⁷² Vgl auch: *Barbist/Gassner*, EU-Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften, *ecolex* 2004, 657.

⁴⁷³ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 3.

⁴⁷⁴ *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, *NZBau* 2005, 249, 254.

⁴⁷⁵ *Uechtritz/Ottmig*, Das „ÖPP – Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften?“, *NVwZ* 2005, 1105

⁴⁷⁶ *Müller/Brauser-Jung*, Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht – Ein Beitrag zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, *NVwZ* 2007, 884, 889

letztlich zu entfliehen, wird jedoch sogleich auf den - auf die österreichische Rechtslage nicht übertragbaren - rechtlichen Gesamtrahmen des wettbewerblichen Dialoges und damit auf dessen Einführung im Zuge des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes hingewiesen⁴⁷⁷. Mit Hilfe dieses Verweises wird versucht, eine regelmäßige Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges bei der Vergabe von PPP-Projekten zu begründen. Im Vergleich zur österreichischen Rechtslage steht zwar der wettbewerbliche Dialog im deutschen Vergaberecht in einer engeren Verbindung zur Vergabe von PPP-Projekten. Aus der Einführung des wettbewerblichen Dialoges im Rahmen eines ÖPP-Beschleunigungsgesetzes kann zwar eine Wertung des deutschen Gesetzgebers dahingehend entnommen werden, dass der wettbewerbliche Dialog für die Vergabe von PPP-Projekten prinzipiell geeignet erscheint. Eine regelmäßige besondere Komplexität von ÖPP-Projekten daraus abzuleiten, ginge jedoch zu weit.

Diese Ausführungen sollen verdeutlichen, dass die – trotz der in Art 1 Abs 9 lit c bzw. § 34 Abs 2 BVergG 2006 enthaltenen Definition – auch mangels diesbezüglicher Judikatur des EuGH weitgehend fehlende inhaltliche Bestimmtheit der wichtigsten Anwendungsvoraussetzung des wettbewerblichen Dialoges, nämlich des Kriteriums der „besonderen Komplexität“, sich vor allem bei PPP-Projekten offenbart. Eine „einfache“ Komplexität in technischer oder finanzieller bzw. rechtlicher Hinsicht ist PPP-Projekten wohl stets zu unterstellen, doch muss eine „besondere Komplexität“ – wie bereits oben unter Punkt II)D)2)a) erläutert – gegenüber der „einfachen Komplexität“ - schon um der Bedeutung der Formulierung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entsprechen – über diese hinausgehende Schwierigkeiten aufweisen.⁴⁷⁸ Weder das europäische noch das österreichische Vergaberecht bieten jedoch hinreichend deutliche Anhaltspunkte für eine scharfe Grenzziehung zwischen einfacher und besonderer Komplexität.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ Vgl dazu auch Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 299: „So ist es kein Zufall, dass der wettbewerbliche Dialog mit einem Gesetz eingeführt wurde, dessen Ziel die Verbesserung der Rahmenbedingungen von Öffentlich Privaten Partnerschaften ist.“

⁴⁷⁸ So auch: Drömann, der im Sukkus plakativ festhält: „'besonders komplex' bedeutet nicht eben nur 'einfach komplex'“, vgl.: Drömann, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751, 753.

⁴⁷⁹ Knauff, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, 249, 253.

Um im Folgenden auf die besondere Komplexität von PPP-Modellen eingehen zu können, sind zunächst nochmals kurz in Frage kommende Merkmale einer besonderen Komplexität zu nennen:⁴⁸⁰

- es handelt sich um den ersten Auftrag seiner Art;
- es besteht eine Vielfalt potentieller Lösungsmöglichkeiten, wobei nicht festgestellt werden kann, welche die am besten geeignete ist;
- die Lösungsmöglichkeiten sind nicht vorhersehbar bzw. es sind keine Lösungsmöglichkeiten bekannt; es herrscht somit Innovationsbedarf;
- die Erlangung von erforderlichen Kenntnissen zur Auftragsbeschreibung ist mit unverhältnismäßig hohen Kosten für den Auftraggeber verbunden;
- es handelt sich um einen Auftrag von großer wirtschaftlicher Dimension;

Als nächster Schritt ist nun eine Verbindung zwischen diesen, eine besondere Komplexität begründenden Merkmalen und einem PPP-Projekt herzustellen. Es ist jedoch vorerst festzuhalten, dass besondere Komplexität begründende Merkmale wohl eher im Bereich des zweiten Tatbestandsmerkmals des § 34 Abs 2 BVergG 2006, der finanziellen bzw. rechtlichen Komplexität vorzufinden sein werden. Einerseits ist nämlich gerade das zum normalen Bauauftrag bzw. Dienstleistungsauftrag zusätzliche Vorliegen von finanziellen und rechtlichen Aspekten bei einer Auftragsvergabe als das Charakteristikum eines PPP-Projektes zu bezeichnen. Andererseits spricht auch der 31. Erwägungsgrund der VKR für diese Feststellung. In diesem werden drei Anwendungsbeispiele genannt: „...*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.*“ Während nämlich hier jene Beispiele, die auch eine technische Komplexität erwarten lassen, und zwar Verkehrsinfrastrukturprojekte und Computernetzwerke, konkret benannt sind, wird für Projekte mit komplexer finanzieller oder rechtlicher Komplexität, wohl aufgrund deren besonderer Vielfalt, auf ein konkretes Beispiel verzichtet. Unter Berücksichtigung der

⁴⁸⁰ Vgl. dazu die Ausführungen zur besonderen Komplexität und objektiven Unmöglichkeit oben unter Punkt II)D)2)a) und b); *Kus*, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, Vergabe R 2006, 851, 858; *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, 249, 254.

Tatsache, dass es sich bei jenen, im 31. Erwägungsgrund der VKR genannten Beispielen ganz allgemein um typische PPP-Projekte handelt, kann daraus geschlossen werden, dass die besondere Komplexität von PPP-Projekten vor allem in finanzieller und rechtlicher Hinsicht nicht überschaubar ist. Auch kann die Erwähnung der Anwendungsbeispiele im Erwägungsgrund als Indiz dafür betrachtet werden, dass diesen und ähnlich gelagerten Vorhaben in den meisten Fällen eine besondere Komplexität innewohnen dürfte.⁴⁸¹

Um eines der Regelbeispiele des 31. Erwägungsgrundes der VKR näher zu beleuchten, soll nun auf die besondere technische und finanzielle bzw. rechtliche Komplexität von Infrastrukturprojekten in Form von PPP-Modellen eingegangen werden. Aus dem Bereich der Infrastrukturprojekte soll für die weitere Betrachtung konkret ein privat finanzierter öffentlicher Fernverkehrsstraßenbau, also Autobahn- oder Schnellstraßenbau, herangezogen werden. Für ein solches Projekt ist kennzeichnend, dass es den gesamten Lebenszyklus, also alle Projektphasen von der Planung und der Finanzierung über die Errichtung bis hin zur Instandhaltung und Verwertung erfasst. Dieses Gebiet erscheint für die Anwendung des wettbewerblichen Dialoges besonders geeignet zu sein.

In Bezug auf eine besondere technische Komplexität diesbezüglicher Bauprojekte ist vorstellbar, dass sich bei den Vorarbeiten zu deren Ausschreibung herausstellt, dass örtliche Gegebenheiten in geologischer Hinsicht nicht hinreichend erforscht sind und folglich daher verschiedene Linienbestimmungen bzw. Trassenführungen in Frage kommen. Dies kann beispielsweise bei Fernverkehrsstraßen, welche Insellandschaften miteinander verbinden sollen, der Fall sein. Hier ist eine Prognostizierung der besten Lösung bei der Linienführung aufgrund der oftmalig geologischen Unerforschtheit des Meeresgrundes nicht möglich.⁴⁸² Auch kann es für die Überbrückung geographischer Hindernisse wie von Flüssen oder Bergen unterschiedliche Varianten geben. Diesbezüglich ist das Beispiel der Europäischen Kommission in den Erläuterungen des wettbewerblichen Dialoges zu nennen, in welchem sie eine besondere Komplexität in der Frage ortet, ob ein Fluss mit einer

⁴⁸¹ *Burbulla*, Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten, NJOZ, 211, 222.

⁴⁸² *Drömann*, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751, 753.

Brücke überquert oder untertunnelt werden soll.⁴⁸³ Dieses Beispiel kann auch auf die Querung einer Gebirgskette projiziert werden. Dabei kann aus technischen Gesichtspunkten unklar sein, auf welcher Höhe der Tunneldurchstich durch das Bergmassiv erfolgen soll.⁴⁸⁴

Die Ausgestaltung des oben beschriebenen Infrastrukturbauvorhabens im Lebenszyklusansatz ist jedoch auch im finanziellen bzw. rechtlichen Bereich einer besonderen Komplexität zugänglich.

Wie bereits oben unter Punkt II)F)2)a) dargestellt, ist es ein Wesensmerkmal eines PPP-Projekts, dass der private Partner Risiken übernimmt, welche bei der klassischen Auftragsbeschaffung weiterhin der Auftraggeber zu tragen hätte. Es kommt also bei PPP-Projekten zu einer Risikoübertragung auf den privaten Partner. Daher ist es unbedingt erforderlich, dass eine umfassende und detaillierte Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und privatem Partner festgelegt wird. Die rechtliche Ausgestaltung dieser Risikoverteilung stellt einen zentralen Anknüpfungspunkt für eine besondere Komplexität dar.⁴⁸⁵ An dieser Stelle muss daran erinnert werden, dass sich das Konzessionsmodell vom Betreibermodell im Ergebnis im Wesentlichen durch das Ausmaß der Risikoübernahme des privaten Partners unterscheidet.⁴⁸⁶ Daher kann der Auftraggeber bei den Vorbereitungen einer Ausschreibung vor der Aufgabe stehen, die Risikoneigung des Marktes für den konkreten Auftrag, im vorliegenden Fall die Finanzierung, Errichtung und Verwertung einer Fernverkehrsstraße, abzuschätzen. Diese Abschätzung und eine darauf basierende Festlegung auf ein bestimmtes PPP-Modell wie Konzessions- oder Betreibermodell, werden den Auftraggeber vor nahezu unlösbare Schwierigkeiten stellen.

Um eine gerechte Verteilung des Risikos, einem Hauptanliegen von PPP-Projekten⁴⁸⁷ vornehmen zu können, müssen mehrere risikorelevante Faktoren des Projekts Bedacht werden. So ist z.B. in die Erwägungen einzubeziehen, welcher der

⁴⁸³ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 3.

⁴⁸⁴ Vgl dazu die Diskussionen über die Tunnelführung beim Projekt: „Brennerbasistunnel“.

⁴⁸⁵ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 3.

⁴⁸⁶ Vgl. oben Punkt II)F)2).

⁴⁸⁷ Roth, Die Risikoverteilung bei Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) aus vergaberechtlicher Sicht, NZBau 2006, 84.

Vertragsteile das Verkehrsrisiko tragen soll, also ob der private Partner ein fixes (Betreibermodell) oder variables (Konzessionsmodell) Entgelt bei der Verwertung bzw. Betreibung der Fernstraße erhalten soll. Für den Fall der Übernahme des Auslastungsrisikos ist zu klären, ob der private Partner die Höhe des Entgelts innerhalb festzusetzender Schranken selbst festlegen darf. Auch ist auf das Risiko einer möglichen Inanspruchnahme von Ausweichrouten, um der Maut zu entfliehen, Bedacht zu nehmen. Des Weiteren gilt es zu erforschen und abzuschätzen, inwieweit die Länge der Vertragsdauer oder der Laufzeit der Konzession geeignet ist, ein Äquivalent für die Übernahme von Risiken darzustellen. Diese einzelnen offenen Fragen bei der Strukturierung des Infrastrukturprojekts können sich zu einer Situation verdichten, in der weder die finanziellen noch die rechtlichen Rahmenbedingungen der Realisierung abschätzbar sind und je nach der jeweiligen Risikostrategie des einzelnen Bieters sehr unterschiedlich ausfallen können, sodass Einschätzungen im vorhinein nicht möglich sind.

Als ein anderes Beispiel für eine besondere Komplexität eines PPP-Projektes ist ein Projekt zu nennen, dass die Ausweitung eines Internet-Breitbandnetzes in einem bestimmten Gebiet zum Ziele hat. In einem PPP-Modell kommen dabei dem privaten Partner die Aufgaben der Finanzierung, Errichtung, Instandhaltung und Betreibung des Breitbandnetzes zu. Unsicherheitsfaktoren sind das Ausmaß der zu erlangenden Förderung (etwaig zu lukrierende Gelder aus dem „Europäischen Fonds Regionaler Entwicklung“ (EFRE)⁴⁸⁸), die Festlegung der Tarife und die erreichbare Anwenderzahl, wobei die Versorgung flächendeckend auch in nicht rentablen Gebieten erfolgen muss. Auch ein derartiges Projekt stellt sich in Folge der Mehrzahl von Unsicherheiten in den Rahmenbedingungen und dem großen Abklärungsbedarf mit dem privaten Partner als besonders komplex dar.

Gerade für die Regelung der Übertragung bzw. Verteilung der Risiken bei einem PPP-Projekt wurde die Möglichkeit des Dialoges zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer vor Angebotslegung unter dem Schlagwort „Flexibilisierung“ in das europäische Vergaberecht eingeführt. Auch aus diesem Grund ist somit davon auszugehen, dass bei objektiver Unmöglichkeit der Festlegung der oben angeführten

⁴⁸⁸ Näheres zum FERE: Verordnung (EG) Nr. 1080/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1783/1999; bzw. unter: http://ec.europa.eu/regional_policy/funds/feder/index_de.htm.

Punkte die Anforderungen an eine besonders komplexe Beschaffungssituation regelmäßig erfüllt werden.⁴⁸⁹

An diese Feststellung anknüpfend ist zu erörtern, ob bei einem PPP-Modell im Lebenszyklusansatz generell von einer besonderen Komplexität bei der Auftragsvergabe gesprochen werden kann. Der diesbezüglich bejahenden Ansicht⁴⁹⁰ wird entgegnet, dass die Annahme einer Regelkomplexität bei PPP-Modellen deren Vielfalt verkenne. Auch wird in diesem Zusammenhang argumentiert, dass stets geprüft werden muss, ob für ein PPP-Projekt – auch für solche im Lebenszyklus – in der Praxis bereits Musterverfahren oder Musterverträge ausgearbeitet wurden. Derartige Standards für PPP-Projekte sollen nämlich einer Regelkomplexität entgegenstehen.⁴⁹¹ Dieser Meinung kann wiederum in zweierlei Hinsicht entgegnet werden. Einerseits weisen PPP-Projekte im Lebenszyklusansatz ein hohes Maß an Komplexität auf, andererseits ist eine große Zahl an verschiedenen PPP-Modellen bekannt. Beide Faktoren dürften wohl der Möglichkeit von Standardisierungen von PPP-Projekten entgegenstehen. Jedes Projekt hat demnach seine eigenen – eine besondere Komplexität begründenden - Facetten und muss daher vom Auftraggeber und dem privaten Partner eigens ausgestaltet und beurteilt werden.⁴⁹²

In Anbetracht der Formulierung des 31. Erwägungsgrunds der VKR und der oben unter Punkt II)F)2)c) nur im Überblick dargestellten Vielfältigkeit von PPP-Modellen ist der letzteren Ansicht zu folgen. PPP- Modelle im Lebenszyklusansatz erfüllen aufgrund der Regelungsvielfalt regelmäßig das Kriterium der besonderen Komplexität des Art 1 Abs 9 lit c VKR bzw. des § 34 BVergG 2006 und fallen somit in den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialoges.

⁴⁸⁹ Drömann, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751, 753.

⁴⁹⁰ Vgl. Heiermann, Der wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2006, 766, 768; Leinemann/Maibaum, Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge – Ein Optionsmodell, VergabeR 2004, 275, 278.

⁴⁹¹ Drömann, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751, 753.

⁴⁹² Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, Vergabe R 2006, 851, 862.

G) Resumé

Trotz einiger im Zuge der Arbeit aufgezeigter Unschärfen und offener Fragen der VKR, welche auch durch die Umsetzung im österreichischen BVergG 2006 nicht gelöst werden konnten,⁴⁹³ wurde mit Einführung des wettbewerblichen Dialogs dem Auftraggeber eines hochkomplexen Projekts – wie es typischerweise ein PPP-Projekt ist - ein Vergabeverfahren eröffnet, das geeignet erscheint, den spezifischen Anforderungen einer derartigen Auftragsvergabe besser gerecht zu werden als die bisherigen Verfahren zur Auftragsvergabe.⁴⁹⁴

Der wettbewerbliche Dialog bedient sich dabei weitgehend bereits bekannter Elemente des Vergabeverfahrensrechts. Daher wird er auch häufig als eine Art Kombination von offenem bzw. nicht offenem Verfahren und Verhandlungsverfahren beschrieben.⁴⁹⁵ In der Tat ist es auch der Grundgedanke des wettbewerblichen Dialogs, Elemente des streng formalisierten offenen wie nicht offenen Verfahrens und des flexibleren Verhandlungsverfahrens zu kombinieren.⁴⁹⁶ Die bekannten Elemente werden jedoch beim wettbewerblichen Dialog mit einer neuen, bis dato dem Vergaberecht fremden Struktur verknüpft, der Dialogphase.⁴⁹⁷ Der vom Verhandlungsverfahren übernommenen Möglichkeit des Kontaktes zwischen Auftraggeber und Bieter wird somit ein neuer Rahmen verliehen, der die Gebote der Gleichbehandlung, Vertraulichkeit, Transparenz und des Wettbewerbs gewährleisten soll. Gerade diese Dialogphase soll jenes Mittel darstellen, das dem Auftraggeber bei der ihm aus eigener Kraft nicht möglichen Auftragskonzeption zur Seite steht. Somit ist im wettbewerblichen Dialog jedoch nicht nur das Kontaktverbot zwischen Auftraggeber und Bietern vor Angebotsangabe durchbrochen, sondern auch die Projektantenproblematik entschärft.

⁴⁹³ *Fruhmann/Mayr*, Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92, 93.

⁴⁹⁴ Die Ansicht, der wettbewerbliche Dialog sei bei der Wahl des Vergabeverfahrens als die „ultima ratio“ zu betrachten ist daher unverständlich, vgl: *Leinemann/Maibaum*, Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge – ein Optionsmodell, VergabeR 2004, 275, 279 f.

⁴⁹⁵ ZB *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 308; Ollmann, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, VergabeR 2005, 685, 688.

⁴⁹⁶ Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl 2006, 1492, 1494.

⁴⁹⁷ *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216

Für die Vergabe von Aufträgen im wettbewerblichen Dialog hinderlich könnte jedoch sein, dass er nach Angebotsabgabe dem offenen und nicht offenen Verfahren ähnlicher ausgestaltet ist, als dem Verhandlungsverfahren.⁴⁹⁸ Auch beim wettbewerblichen Dialog gibt es daher Schranken bei der Flexibilität, die durch das Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgebot bedingt sind. Besteht der wettbewerbliche Dialog zwar zum Großteil aus bereits bekannten Instrumenten des Vergaberechts, weist er dennoch bei einer Gesamtbetrachtung ein ausreichendes Maß an Eigenheiten auf, um ihn als Verfahren sui generis bezeichnen zu können.⁴⁹⁹ Dafür sprechen auch nicht zuletzt der 31. Erwägungsgrund der VKR und die eigenständigen Anwendungsbestimmungen. Jene in der Arbeit zitierten Ansichten, der wettbewerbliche Dialog wäre lediglich ein Unterfall bzw. eine besondere Form des Verhandlungsverfahrens gehen daher ins Leere. Der wettbewerbliche Dialog ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet und erbringt somit auch eine eigene Verfahrensleistung.⁵⁰⁰

Bei der praktischen Umsetzung wird jedoch dem Auftraggeber erhöhte Vorsicht bei der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen anzuraten sein. Die engen Tatbestandsvoraussetzungen sind genau zu prüfen und detailliert zu dokumentieren. Die Verlockung, einen Auftrag mit großer Flexibilität in diesem Verfahren zu vergeben, kann der Vergabestelle die Sicht darauf verstellen, dass der wettbewerbliche Dialog nur in Ausnahmefällen, nämlich bei hoher technischer, rechtlicher oder finanzieller Komplexität, zur Verfügung steht. Er soll jedoch die übrigen Vergabeverfahren nicht verdrängen, sondern vielmehr eine weitere Verfahrensalternative darstellen⁵⁰¹

Trotz seiner erst kurzen Lebensdauer, wurde europaweit von öffentlichen Auftraggebern bereits häufig vom wettbewerblichen Dialog Gebrauch gemacht. Bis Ende Juli 2008 sind über die Website www.ted.europa.eu ca. 2600 Auftragsvergaben im wettbewerblichen Dialog bekannt gemacht worden. Auffallend ist, dass im Besonderen Auftraggeber aus jenen Mitgliedstaaten, in welchen PPP-Modelle

⁴⁹⁸ Siehe dazu unten Punkt IV)C).

⁴⁹⁹ 1171 B1gNr XXII GP 103.

⁵⁰⁰ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: Pünder/Prieß (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17.

⁵⁰¹ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 224.

verbreitet sind bzw. stark forciert werden wie zB das Vereinigte Königreich oder Deutschland, vermehrt vom neuen Dialogverfahren Gebrauch machen.

Auch in Österreich dürfte der wettbewerbliche Dialog nach anfänglicher Skepsis in der Literatur⁵⁰² langsam in die Praxis Eingang finden. Bislang sind 12 Bekanntmachungen eines wettbewerblichen Dialoges registriert.

Zusammenfassend hinterlässt die neue Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges ein etwas zwiespältiges Gesamtbild. Einerseits wird das Verfahren für den Auftraggeber stark flexibilisiert, andererseits ist zu befürchten, dass diese hohe Verfahrensflexibilität zu enormem zeitlichem und finanziellem Aufwand führt. Darüber hinaus besteht für die Teilnehmer an der Dialogphase die Gefahr der Übertragung von kostbarem Know-how an die unmittelbare Konkurrenz. Speziell dieser Gefahr wird der Auftraggeber in der Praxis mit hoher Sensibilität und Aufmerksamkeit begegnen müssen.⁵⁰³ Denn als neues Vergabeverfahren wird sich der wettbewerbliche Dialog erst gegenüber den alten, dem Auftraggeber und den Bietern bereits bekannten Verfahren beweisen müssen. Er wird daher zumindest in den nächsten Jahren nur angewandt werden, wenn er klare Vorteile aufweist.⁵⁰⁴

⁵⁰² Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 15. Hier wird der Mehrwert des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren bezweifelt.

⁵⁰³ Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 24.

⁵⁰⁴ Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog?, VergabeR 2006, 451.

III) Das Verhandlungsverfahren

A) Die Entwicklung und die Grundlagen auf europäischer Ebene

Die Entwicklung des Verhandlungsverfahrens geht bereits auf die von der Europäischen Gemeinschaft in den 1970er Jahren erlassenen materiellen Vergabekoordinierungsrichtlinien zurück. Diese sollten das Verhalten der Mitgliedstaaten bei der Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen regeln.⁵⁰⁵ In diesen Richtlinien waren zwar nur Ausführungen über das offene und das nicht offene Verfahren enthalten, doch enthält Art 9 der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG bereits eine Aufzählung von Ausnahmetatbeständen, bei deren Vorliegen Bauaufträge ohne die Einhaltung der Vorschriften dieser Richtlinie, ausgenommen der Vorschriften über technische Spezifikationen, vergeben werden konnten.

Inhaltlich sind diese Ausnahmetatbestände mit jenen nunmehr in den Art 30 und 31 VKR normierten Anwendungsvoraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens vergleichbar.⁵⁰⁶ Die VKR bildet heute gemeinsam mit der SKR die Grundlage für die Vorschriften über das Verhandlungsverfahren.

Wenn auch sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter großes Interesse daran haben, über ein gelegtes Angebot in Verhandlungen einzutreten, sei es um Aufklärungen zu geben oder zu erhalten, oder auch um die Kosten im Sinne des Gebotes der Sparsamkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung zu dämpfen, so beherrscht doch der Grundgedanke eines Verhandlungsverbotes das Vergaberecht. Verhandlungen werden nämlich ganz allgemein als abträglich für einen fairen und transparenten Wettbewerb angesehen. Auf der Ebene des Europäischen Vergaberechtes ist ein Grundsatz des Verhandlungsverbotes nicht ausdrücklich erkennbar, doch lässt sich aus den Vorschriften der VKR entnehmen, dass außerhalb der hierfür vorgesehenen Ausnahmeverfahrensarten Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Bieter

⁵⁰⁵ Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Köln 2005, 35. Vgl. zu den Richtlinien oben Punkt I)B)3).

⁵⁰⁶ Näheres dazu sogleich unter Punkt III)B)3).

unzulässig sind.⁵⁰⁷ Diese Ausnahmeverfahren sind der eben beschriebene wettbewerbliche Dialog und das Verhandlungsverfahren. Bei diesen Verfahren sind in bestimmten Stadien Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern statthaft.⁵⁰⁸ Da als Ausnahmeverfahren konzipiert, sind sie gegenüber dem offenen und dem nicht offenen Verfahren subsidiär.⁵⁰⁹ Aus dieser Subsidiarität der einer Aufnahme von Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Bietern offen stehenden Verfahrensarten ist zu schließen, dass im offenen und im nicht offenen Vergabeverfahren grundsätzlich das Verhandlungsverbot herrscht.⁵¹⁰

Als rechtspolitischer Hintergrund dieses Verhandlungsverbotes können vor allem folgende Überlegungen genannt werden:

1) Beeinträchtigung des fairen Wettbewerbes:

Verhandlungen sind prinzipiell geeignet, den fairen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Bieter, die in Verhandlungen ihr gelegtes Angebot verändern können, erhalten notwendigerweise einen Vorteil und andere Bieter werden benachteiligt. Daran ändert auch eine Information der anderen Bieter über die Führung der Gespräche nichts. Die Chancengleichheit ist während des gesamten Vergabeverfahrens zu wahren. Es sind daher sowohl in der Phase vor Angebotseröffnung als auch in der Phase zwischen Angebotseröffnung und Zuschlagserteilung alle Handlungen zu unterlassen, die zur Verfälschung der Konkurrenzsituation führen können.⁵¹¹

2) Wirtschaftlichkeit:

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit der Verwaltung scheint oberflächlich betrachtet aus Sicht des Auftraggebers für die Führung von Verhandlungen zu sprechen, um günstigere Preise zu erzielen. Wird aber die Macht des größten Auftraggebers, nämlich der

⁵⁰⁷ Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln, 2007, 41f.

⁵⁰⁸ Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln, 43 mwN.

⁵⁰⁹ Vgl Art 28 VKR, Art 7 Abs 4 BKR (Fn 26), Art 6 Abs 4 LKR (Fn 26), Art 11 Abs 4 DKR (Fn 27).

⁵¹⁰ Vgl dazu auch die Erklärungen von Rat und Kommission zu Art 7 Abs 4 BKR bzw. zu Art 20 SKR, Abl EG L 111 vom 30.4.1994, 114: „Der Rat und die Kommission erklären, daß bei den offenen und den 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.“

⁵¹¹ Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 46 f.

öffentlichen Hand, preisdrückend eingesetzt, so kommt es langfristig gesehen zu Bieterabsprachen.

Zu beachten ist auch die Gefahr der Korruption im Vergabeverfahren. Je genauer die Abläufe eines Vergabeverfahrens festgelegt sind, umso eher wird das Transparenzgebot gewahrt und kann auch eine nachprüfende Kontrolle Unregelmäßigkeiten feststellen. Sobald Gespräche zwischen Auftraggeber und Bietern stattfinden, eröffnet sich ein weites Feld für Manipulationen. Derartige Gespräche können oft nicht transparent gestaltet werden, da die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen einer offenen Informationspolitik entgegensteht. Bestechung und Auftragsmanipulation sind leichter möglich.⁵¹²

B) Das Verhandlungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2006

1) Die Arten des Verhandlungsverfahrens

Das Verhandlungsverfahren wird in § 25 Abs 5 und 6 BVergG 2006 beschrieben, wobei wie in der VKR⁵¹³ zwischen einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung unterschieden wird. Demnach werden

1. gemäß § 25 Abs 5 BVergG 2006 beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Dieses Verfahren ist daher ein zweistufiges Verfahren. In der ersten Stufe wird auf Grundlage der eingelangten Teilnahmeanträge eine Präqualifikation durchgeführt und kann die Anzahl der Teilnehmer reduziert werden. In der zweiten Stufe findet der tatsächliche Wettbewerb in Form der Verhandlungen über die Angebote statt.

⁵¹² Vgl. *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 48.

⁵¹³ Vgl. Art 30 VKR: „Fälle, die das Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen“ und Art 31 VKR: „Fälle, die das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen.“

2. gemäß § 25 Abs 6 BVergG 2006 wird beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen vom Auftraggeber zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Das Verfahren wird als einstufiges Verfahren bezeichnet.

In beiden Fällen kann nach Abgabe der Angebote über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.

2) Das Verhandlungsverfahren als Ausnahmeverfahren

Das Verhandlungsverfahren ist im BVergG 2006 gemäß den europäischen Vorgaben als Ausnahmeverfahren ausgestaltet und kann sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich zur Anwendung gelangen. Die einzelnen Ausnahmetatbestände haben verschiedene Zielsetzungen und sind daher Form und Ablauf des Verhandlungsverfahrens davon beeinflusst. Soweit Regelungen fehlen ist der Auftraggeber in der Verfahrensgestaltung frei. Für Auftraggeber und Bieter gelten aber die allgemeinen Grundsätze, wie jene der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Wettbewerbes sowie der Nichtdiskriminierung und kommt diesen Grundsätzen in Ermangelung umfassender Verfahrensregeln besondere Bedeutung zu.⁵¹⁴

Die dem Auftraggeber für die Wahl des Verhandlungsverfahrens zur Verfügung stehenden Ausnahmetatbestände werden im BVergG 2006 für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge getrennt in eigenen Gesetzesstellen⁵¹⁵ dargestellt, wobei sich die getroffenen Regelungen eng an die entsprechenden Bestimmungen der VKR⁵¹⁶ anlehnen.

In den Gesetzesbestimmungen werden – bezogen auf die Auftragsart – die Rechtfertigungsgründe, die für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und für jenes ohne vorherige Bekanntmachung maßgebend sind, gesondert angeführt. Diese Rechtfertigungsgründe sind, da es sich

⁵¹⁴ Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 557 f.

⁵¹⁵ §§ 28 bis 30 BVergG 2006.

⁵¹⁶ Art 30 und 31 VKR.

beim Verhandlungsverfahren um ein Ausnahmeverfahren handelt, restriktiv auszulegen.⁵¹⁷ Der Auftraggeber, der von der Möglichkeit, das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren zu führen, Gebrauch machen will, hat somit den Nachweis zu erbringen, dass einer der im Gesetz taxativ aufgezählten Ausnahmefälle vorliegt. In den nationalen Gesetzen der Mitgliedstaaten dürfen die in der VKR vorgesehenen Ausnahmetatbestände nicht erweitert werden.⁵¹⁸

3) Die Anwendungsmöglichkeiten des Verhandlungsverfahrens

Während das offene und das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung die Regelverfahren sind, zwischen denen der Auftraggeber frei wählen kann (§ 27 BVergG 2006), werden in den §§ 28 bis 30 und 38 BVergG 2006 die Möglichkeiten für die Wahl des Verhandlungsverfahrens dargestellt.

Um für die vorliegende Darstellung allzu lange Wiederholungen zu vermeiden, werden die das Verhandlungsverfahren als Ausnahmeverfahren begründenden Tatbestände zusammengefasst und unter Hinweis auf die einzelnen Gesetzesstellen der §§ 28 bis 30 BVergG 2006 wiedergegeben.

Demnach können die Auftraggeber im:

(a) Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

1) Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vergeben, wenn

- i) *„im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines durchgeführten wettbewerblichen Dialoges keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den Vorschriften dieses Bundesgesetzes unannehmbar sind und die ursprünglichen Bedingungen für den Bau- bzw. Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden“⁵¹⁹*

⁵¹⁷ EuGH vom 28.03.1996, Rs -318/94, *Kommission/Deutschland*.

⁵¹⁸ EuGH vom 13.01.2005, Rs C-84/03, *Kommission/ Spanien*; 1171 BlgNR GP 48.

⁵¹⁹ § 28 Abs 1 Z 1 BVergG 2006; § 29 Abs 1 Z 1 BVergG 2006; § 30 Abs 1 Z 1 BVergG 2006.

ii) diese Bau-, Liefer- und Dienstleistungen „ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen.“⁵²⁰

2) Bauaufträge⁵²¹ vergeben, wenn „es sich um Bauleistungen handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs- oder Entwicklungszwecken und nicht mit dem Ziel der Gewährleistung der Rentabilität oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten durchgeführt werden, oder“

3) Dienstleistungsaufträge⁵²² vergeben, wenn „die zu erbringenden Dienstleistungen, insbesondere geistige Dienstleistungen wie Bauplanungsdienstleistungen und Dienstleistungen der Kategorie 6 des Anhangs III,⁵²³ dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann.“

(b) Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

1) Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vergeben, wenn

i) „im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignetes Angebot abgegeben oder kein Teilnahmeantrag gestellt worden ist, die ursprünglichen Bedingungen für den Bau-⁵²⁴ ,bzw. Liefer-⁵²⁵ bzw. Dienstleistungsauftrag⁵²⁶ nicht grundlegend geändert werden und der Kommission ein Bericht vorgelegt wird, wenn sie dies wünscht, oder“

⁵²⁰ § 28 Abs 1 Z 3 BVergG 2006; § 30 Abs 1 Z 2 BVergG 2006; § 29 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

⁵²¹ § 28 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

⁵²² § 30 Abs 1 Z 3 BVergG 2006.

⁵²³ Prioritäre Dienstleistungen des Anhangs III, Kategorie 6: Finanzielle Dienstleistungen und zwar a) Versicherungsleistungen, b) Bankenleistungen, soweit für letztere nicht der Ausnahmetatbestand des § 10 Z 8 BVergG 2006 (Dienstleistungsaufträge betreffend Erwerb und Miete von unbeweglichen Vermögen oder Rechten) oder § 10 Z 11 BVergG 2006 (Geschäfte, die der Kredit- und Kapitalbeschaffung dienen) gilt.

⁵²⁴ § 28 Abs 2 Z 1 BVergG 2006.

⁵²⁵ § 29 Abs 2 Z 1 BVergG 2006.

⁵²⁶ § 30 Abs 2 Z 1 BVergG 2006.

ii) der Bau-,⁵²⁷ Liefer-⁵²⁸ oder Dienstleistungsauftrag⁵²⁹ „aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, oder“

iii) wenn im Fall eines Bau-,⁵³⁰ Liefer-⁵³¹ und Dienstleistungsauftrages⁵³² „dringliche zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Abs 1 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, oder“

2) Bau- und Dienstleistungsaufträge vergeben, wenn

i) zusätzliche Bau-⁵³³ und Dienstleistungen,⁵³⁴ „die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf, noch im ursprünglichen Bauauftrag bzw. Dienstleistungsauftrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung des darin beschriebenen Bauauftrages bzw. Dienstleistungsauftrages erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausführt, der Gesamtwert der zusätzlichen Bauleistungen bzw. Dienstleistungen 50 vH des Wertes des ursprünglichen Bauauftrages bzw. Dienstleistungsauftrages nicht überschreitet und entweder

- eine Trennung dieser zusätzlichen Bauleistungen bzw. Dienstleistungen vom ursprünglichen Bauauftrag bzw. Dienstleistungsauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber unmöglich ist, oder

⁵²⁷ § 28 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.

⁵²⁸ § 29 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.

⁵²⁹ § 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.

⁵³⁰ § 28 Abs 2 Z 3 BVergG 2006.

⁵³¹ § 29 Abs 2 Z 3 BVergG 2006.

⁵³² § 30 Abs 2 Z 3 BVergG 2006.

⁵³³ § 28 Abs 2 Z 4 BVergG 2006.

⁵³⁴ § 30 Abs 2 Z 4 BVergG 2006.

- *eine Trennung vom ursprünglichen Bauauftrag bzw. Dienstleistungsauftrag zwar möglich wäre, die zusätzlichen Bauleistungen bzw. Dienstleistungen aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind, oder“*
- ii) neue Bau-⁵³⁵ bzw. Dienstleistungen⁵³⁶ in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bzw. Dienstleistungen bestehen,“ *und*
- *Der Auftrag von dem selben Auftraggeber an den Auftragnehmer, der bereits den ursprünglichen Auftrag erhalten hat, vergeben wird,*
 - *der ursprüngliche Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wurde,*
 - *die Bau- bzw. Dienstleistungen einem Grundentwurf entsprechenden und dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrages war,*
 - *die Möglichkeit der Anwendung eines derartigen Verhandlungsverfahrens bereits in der ersten Ausschreibung vorgesehen war,*
 - *die Vergabe binnen drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgt und*
 - *der für die Fortsetzung der Bauleistungen bzw. Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zugrunde gelegt wurde, oder“*
- 3) Dienstleistungsaufträge⁵³⁷ vergeben, wenn *„im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden muss. Im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbes zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.“*
- 4) Lieferaufträge vergeben, wenn
- i) *„der Lieferauftrag⁵³⁸ ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken vergeben wird, wobei der Lieferauftrag jedoch nicht einer Serienfertigung zum Nachweis der*

⁵³⁵ § 28 Abs 2 Z 5 BVergG 2006.

⁵³⁶ § 30 Abs 2 Z 5 BVergG 2006.

⁵³⁷ § 30 Abs 2 Z 6 BVergG 2006.

⁵³⁸ § 29 Abs 2 Z 4 BVergG 2006.

Marktfähigkeit des Produktes oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten dienen darf, oder

- ii) für früher durchgeführte Lieferungen⁵³⁹ des ursprünglichen Unternehmers zusätzliche Lieferungen notwendig werden, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten marktüblichen Waren oder Einrichtungen, oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, und ein Wechsel des Auftragnehmers dazu führen würde, dass der Auftraggeber Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde; die Laufzeit dieser Aufträge sowie der Daueraufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten, oder*
- iii) es sich um die Lieferung von Waren⁵⁴⁰ handelt, die an Börsen notiert und gekauft werden, oder*
- iv) es sich um die Lieferung von Waren⁵⁴¹ handelt, die zu besonders günstigen Bedingungen von Unternehmern, die ihre Geschäftstätigkeit endgültig einstellen, oder von Verwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz-, Konkurs-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahrens oder eines in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der EWR-Vertragsparteien vorgesehenen gleichartigen Verfahrens erworben werden.“*

5) Im Fall des jeweils in Abs 1 Z 1 der §§ 28 bis 30 BVergG 2006 genannten Ausnahmetatbestandes besteht außerdem die Möglichkeit, ein Verhandlungsverfahren unter Abstandnahme von der Bekanntmachung mit jenen befugten, zuverlässigen und leistungsfähigen Unternehmen zu führen, deren Angebote nicht in einem vorangegangenen offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem wettbewerblichen Dialog gemäß § 129 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 infolge der Beteiligung an Vorarbeiten oder der Beteiligung an kriminellen Handlungen ausgeschieden wurden und deren

⁵³⁹ § 29 Abs 2 Z 5 BVergG 2006.

⁵⁴⁰ § 29 Abs 2 Z 6 BVergG 2006.

⁵⁴¹ § 29 Abs 2 Z 7 BVergG 2006.

Angebote die Kriterien der §§ 106 bis 110 und 113 bis 115 BVergG 2006 erfüllt haben. Es kann nach dieser Gesetzesstelle auch nur mit einem verbliebenen Bieter ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werden.⁵⁴²

(c) Erläuterung der Ausnahmetatbestände

Zu den in den Gesetzesstellen der §§ 28 bis 30 BVergG 2006 verwendeten Begriffen und Wortfolgen ist im Einzelnen auszuführen:

(i) Kein geeignetes Angebot

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, ein Verhandlungsverfahren sowohl mit als auch ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen, sofern ein in den entsprechenden Bestimmungen genanntes vorangegangenes Vergabeverfahren nicht zum Erfolg geführt hat. Dies ist dann der Fall wenn – zusammenfassend dargestellt – im vorangegangenen Vergabeverfahren kein geeignetes Angebot eingebracht wurde und für das folgende Verhandlungsverfahren keine Änderungen der Auftragsbedingungen⁵⁴³ vorgenommen werden.⁵⁴⁴

Die Europäische Kommission versteht unter der Bezeichnung „kein geeignetes Angebot“ jene Angebote, die nicht ordnungsgemäß oder unannehmbar sind. Insofern dürfte damit die unterschiedliche Wortwahl bei den Ausnahmetatbeständen für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ohne Bedeutung sein.⁵⁴⁵

Als nicht ordnungsgemäße bzw. als unannehbare Angebote sind im Sinne der in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage gegebenen Interpretation und unter Einbeziehung der Bestimmung des Art 30 Abs lit a VKR Angebote anzusehen, die

⁵⁴² § 28 bis 30 Abs 1 letzter Satz BVergG 2006.

⁵⁴³ Vgl dazu gleich unter Punkt III)B)3)c)ii).

⁵⁴⁴ Für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sind freilich zusätzliche Voraussetzungen zu erfüllen; vgl Art 31 Abs 1 lit a bzw. die Z 1 der §§ 28 bis 30 Abs 2 BVergG 2006.

⁵⁴⁵ Vgl Art 30 Abs 1 lit a VKR: „...keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die...unannehmbar sind.“ mit Art 31 Abs lit a VKR: „...keine geeigneten Angebote...“. Diese unterschiedliche Wortwahl wurde bei der Umsetzung im BVergG 2006 übernommen.

- formale Fehler aufweisen, also Angebote, die gegen die im BVergG, bzw. der Ausschreibung festgelegten Fristen, Sprache, Zugangsvorschriften etc. verstoßen (nicht ordnungsgemäß).
- gegen materielle Vorschriften verstoßen, die zB. Die Teilnahmevoraussetzungen regeln (wie Eignung, Leistungsfähigkeit etc., unannehmbar).⁵⁴⁶

(ii) Änderung von Angebotsbedingungen

Wie bereits zuvor erwähnt ist die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens unter Anwendung der Ausnahmetatbestände der Z 1 der §§ 28 bis 30 Abs 1 und 2 BVergG⁵⁴⁷ 2006 zusätzlich an die Voraussetzung geknüpft, dass vom Auftraggeber keine grundlegende Veränderung der Angebotsunterlagen des vorangegangenen Vergabeverfahrens durchgeführt wird.⁵⁴⁸ Wann von einer grundlegenden Veränderung gesprochen werden muss, wird weder in der VKR noch im BVergG 2006 näher ausgeführt. In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage wird unter Hinweis auf die Judikatur ausgeführt, dass auch die Änderung von Nebenleistungen und Bedingungen (Ausführungsfristen, Modalitäten der Finanzierung, der Leistungsabnahme und der technischen Ausführung) eine unzulässige Änderung dieser Unterlagen bewirken kann.⁵⁴⁹ Eine grundlegende Veränderung der Angebotsunterlagen kann daher sowohl im rechtlichen Bereich der Ausschreibungsbedingungen als auch im Bereich der Leistungsbeschreibung vorliegen. Eine Vergabestelle, die einen anderen oder zumindest einen gegenüber dem Ausgangsverfahren wesentlich veränderten Auftrag zu vergeben beabsichtigt hat ein formstreniges Vergabeverfahren, also ein offenes oder nicht offenes Verfahren durchzuführen.⁵⁵⁰ Die Einschränkung, wonach keine grundlegende Veränderung der Angebotsunterlagen vorliegen darf, verhindert daher, dass missbräuchlich in das Verhandlungsverfahren gewechselt werden kann.⁵⁵¹

⁵⁴⁶ 1171 BlgNR XXII GP 46; Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 97.

⁵⁴⁷ Vgl auch: Art 30 Abs1 lit a und Art 31 Abs 1 lit a VKR.

⁵⁴⁸ § 28 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006, § 29 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006, § 30 Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 1 BVergG 2006.

⁵⁴⁹ 1171 BlgNR XXII GP 46.

⁵⁵⁰ Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 104.

⁵⁵¹ Art 30 Abs 1 lit a VKR

(iii) Globale Preisgestaltung

Ist dem Bieter aufgrund der Art des Auftrages selbst oder der mit seiner Ausführung verbundenen Risiken eine feste Preisgestaltung nicht möglich, so kann vom Ausnahmetatbestand der §§ 28 Abs 1 Z 3, 29 Abs 1 Z 2 und 30 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 Gebrauch gemacht werden. Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage führen dazu das Beispiel einer Vergabe von Reparaturarbeiten an, bei der erst nach Beginn dieser Arbeiten das erforderliche Ausmaß der Arbeiten abgeschätzt werden kann.⁵⁵² *Franzius* sieht jedoch gerade dieses Beispiel als nicht geeignet an, die Anwendung des Ausnahmetatbestandes zu rechtfertigen. Es eröffne eine Vielzahl an Anwendungsmöglichkeiten, wogegen jedoch der Ausnahmecharakter des Verhandlungsverfahrens stünde. *Franzius* sieht diesen Ausnahmetatbestand nur dann erfüllt, wenn überhaupt kein Kostenrahmen festgelegt werden kann.⁵⁵³

(iv) Forschung und Entwicklung

Verfolgt ein Auftraggeber ausschließlich Forschungs-, Versuchs- und Entwicklungszwecke, so kann er die Vergabe einer Bauleistung im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und eines Lieferauftrages im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen. Daher dürfen dabei weder Gewinnerzielung noch Kostendeckung angestrebt werden.⁵⁵⁴ Dieser Anwendungstatbestand wird durch die Überlegung begründet, dass bei Forschungs- und Entwicklungsaufträgen ohnehin eine eingeschränkte Wettbewerbssituation vorliegt, da zu großen Teilen staatliche Stellen (Universitätsinstitute, Prüflabors etc.) betraut werden, staatliche Förderungen die Regel sind und nur ein eingeschränkter Teilnehmerkreis in Frage kommt. Die Bestimmungen über die Vergabe der staatlichen Förderungen führen ebenfalls bereits eine Art Wettbewerbssituation herbei. Der Ausnahmetatbestand trägt auch dem Bedürfnis des Auftraggebers Rechnung, bei Vorhaben mit besonders vertraulichen Daten das

⁵⁵² 1171 BlgNR XXII GP 47.

⁵⁵³ *Franzius*, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007, 139.

⁵⁵⁴ *Byok*, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 49.

Verhandlungsverfahren wählen zu können, die Daten somit nicht bereits in der Ausschreibung bekannt geben zu müssen.⁵⁵⁵

(v) Technische oder künstlerische Besonderheiten

Macht der Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch, aufgrund technischer oder künstlerischer Besonderheit einen Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung auszuschreiben, hat er das Vorliegen zweier kumulativer Voraussetzungen nachzuweisen. Einerseits muss die Besonderheit hinsichtlich der auftragsgegenständlichen Leistung vorliegen und andererseits muss erfüllt sein, dass nur ein einziges Unternehmen bzw. ein einziger Unternehmer diese technische oder künstlerische Besonderheit erfüllen kann.⁵⁵⁶

Die Beurteilung, ob eine technische Besonderheit im Sinne des BVergG 2006 vorliegt, hat auf Grundlage einer EU-weiten Analyse der Gegebenheiten des Marktes zu erfolgen. Sind aufgrund dieser Erhebung das erforderliche Know-how oder die erforderlichen Fertigungsanlagen nur bei einem einzigen Unternehmen feststellbar, ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt.⁵⁵⁷ Die technische Besonderheit muss in der Herstellung des Auftragsgegenstandes selbst gelegen sein. Sie darf daher nicht erst durch Einbeziehung etwaiger Schwierigkeiten, die im Umfeld zB. bei Transport- und Sicherheitsfragen entstehen können, vorliegen.⁵⁵⁸ Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass auch besondere Erfordernisse des Umweltschutzes an die Leistung als technische Besonderheit anzusehen sind.⁵⁵⁹

Das Kriterium „künstlerische Besonderheiten“ ist in überwiegendem Maße von der subjektiven Beurteilung des Auftraggebers abhängig. Damit ist es aber nur sehr eingeschränkt überprüfbar.⁵⁶⁰

⁵⁵⁵ 1171 BlgNR XXII GP 46.

⁵⁵⁶ EuGH vom 18.05.1995, Rs C-57/94, *Kommission/Italien*.

⁵⁵⁷ Byok, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 54.

⁵⁵⁸ Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu §§ 28 - 30 BVergG 2006, jeweils 7; EuGH vom 28.03.1995 Rs C-324/93, *The Queen/Secretary of Home Department*. Vgl dazu auch den Grundsatz der Berücksichtigung ökologischer Aspekte, siehe oben Punkt: I)E)6)b).

⁵⁵⁹ EuGH vom 10.04.2003, Rs C-20/01 und Rs C-28/01, *Kommission/Deutschland*.

⁵⁶⁰ Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu § 28 BVergG 2006, 9 f.

(vi) Dringlichkeit

Der Auftraggeber kann ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung in Fällen der Dringlichkeit durchführen. Dringlichkeit liegt bei kumulativem Vorliegen der in § 28 Absatz 2 Z 3, 29 Abs 2 Z 3 und 30 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 angeführten Voraussetzungen vor. Es muss daher ein unvorhersehbares Ereignis gegeben sein, welches die dringlichen und zwingenden Gründe, die einer Beachtung der Verfahrensfristen der Regelverfahren entgegenstehen, bedingt. Die Leistung muss in ihrem Umfang in der außergewöhnlichen Situation selbst benötigt werden. Daher ist bei der Beurteilung, ob vom Ausnahmetatbestand der Dringlichkeit Gebrauch gemacht werden kann, zu prüfen, ob nicht die gegebene Möglichkeit, das Vergabeverfahren in einem beschleunigten Verfahren zu führen, ausreichend wäre.⁵⁶¹ Der Ausnahmefall der Dringlichkeit ist daher als zwingende Dringlichkeit zu verstehen und kann somit wohl nur in jenen den normalen Lebensablauf sprengenden außergewöhnlichen Fällen, wie dies insbesondere unerwartete Katastrophenfälle sind, zur Anwendung gelangen.⁵⁶² Liegt jedoch der Grund für die Dringlichkeit in einem Fehlverhalten des Auftraggebers, kann nicht vom Ausnahmetatbestand Gebrauch gemacht werden.⁵⁶³

(vii) Ausschließlichkeitsrechte

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist auch zulässig, sofern die zu beschaffende Leistung aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem Unternehmen erbracht werden kann. In erster Linie erfasst der Begriff „Ausschließlichkeitsrechte“ immaterielle Rechte, wie Patent-, Urheber-, Marken- und Musterschutzrechte sowie Vertriebslizenzen und dergleichen. Ein Ausschließlichkeitsrecht liegt aber auch vor, wenn einem Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- und Nutzungsrecht zusteht, nur er davon Gebrauch machen kann und es als Folge dieses Ausschließlichkeitsrechtes keinen Wettbewerb gibt. Dies ist der Fall, wenn nur der berechtigte Unternehmer das gewünschte Produkt herstellen kann und es auch nicht von einem anderen

⁵⁶¹ EuGH vom 02.08.1993, Rs C-107/92: *Kommission/Italien*; 1171 BlgNR XXII GP 46.

⁵⁶² EuGH vom 18.03.1992, Rs C-21/91, *Kommission/Spanien*; *Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer*, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu §§ 28-30 BVergG 2006, 11; BVA vom 15.07.2004, 02N-51/04-16 vom 15.07.2004.

⁵⁶³ *Byok*, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 55.

Unternehmer geliefert werden kann.⁵⁶⁴ Allerdings ist auch auf die Möglichkeit, dass Lizenzrechte bestehen oder diese erworben werden können, Bedacht zu nehmen und ist der Umstand darzulegen, dass keine alternativen Produkte gewählt werden können. Dem Auftraggeber obliegt somit der Nachweis, dass er auf genau diese Leistung angewiesen ist.

Rechte, die auf der Grundlage eines obligatorischen Verfügungs- und Nutzungsrechtes beruhen, könnten jedoch ebenso unter dem Rechtsbegriff „Ausschließlichkeitsrecht“ subsumiert werden. Zu nennen wären schuldrechtliche Vorkaufsrechte, Verfügungs- und Nutzungsrechte, die an Gebäuden und Grundstücken bestehen und die für die Durchführung eines Vorhabens des öffentlichen Auftraggebers wesentlich sind. Die Möglichkeit von Alternativen wird jedoch genau zu prüfen sein.⁵⁶⁵

Die Begründung dieser Rechte darf aber nicht in einem zeitlichen oder sachlichen Zusammenhang mit dem geplanten Auftragsvorhaben stehen. Werden derartige Rechte im Hinblick auf ein Beschaffungsvorhaben erworben, so stellt dies einen Umgehungsversuch dar.⁵⁶⁶

(viii) Zusatzaufträge

Die Ausnahmebestimmungen der §§ 28 Abs 2 Z 4 und 30 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 regeln die so genannten Zusatzaufträge (Folgaufträge, Nachtragsaufträge, Anlageaufträge etc.) Die Voraussetzungen für deren Vergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sind kumulativ und vom Eintritt eines unvorhergesehenen Ereignisses abhängig. So darf die zusätzliche Bau- bzw. Dienstleistung weder in der dem Auftrag zugrunde liegenden Planung oder Entwurf noch in der Ausschreibung selbst vorgesehen sein, auch nicht als Wahl- oder Bedarfsposition. Es muss sich daher um einen echten Zusatz handeln.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ 1171 BlgNR XXII GP 46.

⁵⁶⁵ Byok, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 53.

⁵⁶⁶ Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu §§ 28-30 BVergG 2006, 9.

⁵⁶⁷ Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu §§ 28-30 BVergG 2006, 11 mwN.

Das Erfordernis der zusätzlichen Leistung muss aus Sicht des Auftraggebers als unvorhergesehenes Ereignis zu klassifizieren sein. Bei Beantwortung der Frage, wann von einem unvorhergesehenen Ereignis zu sprechen ist, muss davon ausgegangen werden, dass alle Ereignisse ausscheiden, die bei nötiger Sorgfalt im Vorhinein vom Auftraggeber zu bedenken gewesen wären. Sofern die Möglichkeit bestand, die betreffende zusätzliche Leistung durch Eventual- bzw. Alternativpositionen im ursprünglichen Auftrag zu erfassen, muss sie als vorhersehbar aufgefasst werden. Folgt man hier einer weiten Interpretation, wird die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes vom Willen des Auftraggebers abhängig sein.⁵⁶⁸

Die unter den §§ 28 Abs 2 Z 4 lit a) und 30 Abs 2 Z 4 lit a) BVergG 2006 angeführten Nachteile für den Auftraggeber können in voraussehbaren Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mehrerer Auftragnehmer liegen. Diese können technischer Art sein und auf verschiedenartigen Geräteeinsatz, unterschiedliche Bautechnik etc zurückzuführen sein. Wirtschaftlicher Art sind sie, wenn keine genaue Abgrenzung der Verantwortlichkeiten erzielbar ist und damit Schwierigkeiten bei Mängelrügen zu erwarten sind. Eine bloße Erschwernis durch erhöhten Koordinierungsaufwand erfüllt aber den Ausnahmetatbestand nicht. Ob auch im Anwendungsbereich der §§ 28 Abs 2 Z 4 und 30 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 nur Elementarereignisse geeignet sind, die Anwendung der Ausnahmebestimmung zu rechtfertigen, erscheint fraglich.

(ix) Gleichartige Aufträge

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung kann bei Erteilung gleichartiger Bauaufträge⁵⁶⁹ und gleichartiger Dienstleistungsaufträge⁵⁷⁰ innerhalb einer dreijährigen Frist, gerechnet vom Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgen. Unter Abschluss des ursprünglichen Vertrages ist der tatsächliche Vertragsabschluss und nicht die Beendigung der vertragsgegenständlichen Arbeiten zu verstehen.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Byok, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 57.

⁵⁶⁹ § 28 Abs 2 Z 5 BVergG 2006.

⁵⁷⁰ § 30 Abs 2 Z 5 BVergG 2006.

⁵⁷¹ 1171 BlgNr XXII GP 47.

Geringfügige objektiv notwendige Änderungen oder Erweiterungen der Bau- bzw. Dienstleistung sind generell zulässig, wenn sie auf die Wettbewerbssituation keinen Einfluss haben und die Identität der ursprünglichen Leistung gewahrt ist.

(x) Künstlerische Leistungen

Die Beschaffung künstlerischer Leistungen durch öffentliche Auftraggeber wird im BVergG 2006 dem Vergaberecht unterworfen. So wird, wie dem Gesetz zu entnehmen ist, die Beschaffung eines Kunstwerkes als Ausnahmetatbestand zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung angeführt.⁵⁷² Die Gründe, die dafür maßgebend sind, die Fertigung oder Errichtung eines Kunstwerkes einem bestimmten Künstler und nicht einem anderen anzuvertrauen, können in der anzustrebenden Eigenart des Kunstwerkes gelegen sein, um etwa - wie die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage ausführen - zu einem bereits in Besitz befindlichen Kunstwerk ein dazu passendes zu erhalten, somit ein „Paar“.⁵⁷³ Denkbar ist sicher auch die Fortführung, Umgestaltung eines Kunstwerkes durch einen Künstler aus der Schule eines bereits verstorbenen Künstlers. Erforderlich ist jedenfalls immer eine nachvollziehbare Begründung, auch wenn hier die geltend gemachte Präferenz letztlich auch in einem subjektiven Empfinden des Auftraggebers gelegen sein kann.

Zu beachten ist, dass künstlerische Leistungen nicht eigenständig geregelt werden, sondern entsprechend ihrem Leistungsinhalt als Dienstleistungs- und Lieferauftrag, aber auch als Bauauftrag oder als Teile dieser Aufträge anzusehen sind.⁵⁷⁴

Vor der Vornahme einer Zuordnung der künstlerischen Leistung in das Regime des Vergaberechtes ist jedoch abzuklären, ob nicht eine Erbringung der Leistung in Form eines Arbeitsvertrages vorliegt und daher die Leistung gemäß § 10 Z 12 BVergG 2006 vom Geltungsbereich des Vergaberechtes ausgenommen ist. Es ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass Bühnendienstverträge⁵⁷⁵ mit Darstellern, Dramaturgen, Kapellmeistern oder Musikern als Arbeitsverträge anzusehen sind und

⁵⁷² Vgl §§, 28 Abs 2 Z 2, 29 Abs 2 Z 2 und 30 Abs 2 Z 2 BVergG 2006, 1171 BlgNR XXII GP, 46.

⁵⁷³ 1178 BlgNR XXII GP 46.

⁵⁷⁴ Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu §§ 28-30 BVergG 2006, 13.

⁵⁷⁵ Vgl § 1 Schauspielgesetz.

unter den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 12 BVergG 2006 fallen. Eine Beurteilung für den Einzelfall wird aber immer geboten sein. So liegt oft ein Werkvertrag vor, wenn beispielsweise die Verpflichtung des Künstlers mit Abschluss einer bestimmten Leistung endet.⁵⁷⁶

Auch der Ausnahmetatbestand des § 10 Z 9 BVergG 2006 kann zum Tragen kommen⁵⁷⁷, wenn auch seine Bedeutung eingeschränkt ist. So ist der Ausnahmetatbestand „Kauf, Entwicklung, Produktion oder Koproduktion von Programmen“ schon dem Wortlaut nach nur in einem engen Bereich anwendbar.⁵⁷⁸ Die Freiheit der Rundfunkanstalten zur inhaltlichen Gestaltung ihres Programms soll nicht beschränkt werden.⁵⁷⁹

4) Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens

Die Regelungen für den Ablauf des offenen und des nicht offenen Verfahrens sowie der Verhandlungsverfahren mit und ohne vorheriger Bekanntmachung werden in einem eigenen Abschnitt unter dem Titel „Ablauf einzelner Verfahrensarten“ in den §§ 101 bis 105 BVergG 2006 dargestellt. Die Teilnahme am Verhandlungsverfahren wird in den §§ 102 und 103 BVergG 2006 geregelt, die Verfahrensvorschriften für den Ablauf des Verhandlungsverfahren finden sich in § 105 BVergG 2006. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich folgender Verfahrensablauf:

(a) Das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

(i) Die Bekanntmachung

Die Vergabe eines Auftrages im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 46, 50 bis 52 und 55 BVergG 2006 bekannt zu machen.⁵⁸⁰ Bei einer Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich ist eine europaweite Bekanntmachung erforderlich. Auf

⁵⁷⁶ Krejci in: Rummel, Kommentar ABGB³, Wien, zu § 1151, 2520.

⁵⁷⁷ Katary, Die Beschaffung künstlerischer Leistungen nach dem Bundesvergabegesetz 2006, RPA 2006, 189.

⁵⁷⁸ Fruhmann in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, § 6 Rz 165.

⁵⁷⁹ Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht, Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008, zu §§ 28-30 BVergG 2006, 16;

⁵⁸⁰ § 102 Abs 1 BVergG 2006.

nationaler Ebene können weitere Bekanntmachungen durch Verordnungen des Bundeskanzlers⁵⁸¹ und der Landesregierungen vorgesehen werden.

Die Bekanntmachung stellt im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung die an die Unternehmen gerichtete Aufforderung dar, einen Teilnahmeantrag zu stellen. Daher hat sie die Unternehmen in die Lage zu versetzen, eine Beurteilung dahingehend vornehmen zu können, ob eine Teilnahme am Verfahren angestrebt werden soll.⁵⁸²

(ii) Der Teilnehmerwettbewerb

Unternehmen, die aufgrund der Auftragsbekanntmachung Interesse haben, den Auftrag durchzuführen, haben einen Teilnahmeantrag zu stellen. Die rechtzeitig gestellten Teilnahmeanträge sind auf das Vorliegen der Eignungskriterien, insbesondere Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zu prüfen.⁵⁸³

Langen mehr Teilnahmeanträge als die in der Bekanntmachung festgelegte Anzahl ein, so erfolgt eine Auswahl auf Grundlage der in der Bekanntmachung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung angegebenen Auswahlkriterien.⁵⁸⁴ Die für die Auswahl maßgeblichen Gründe sind festzuhalten und sind die nicht zur Angebotslegung aufgeforderten Teilnehmer von dieser Entscheidung unverzüglich zu verständigen.⁵⁸⁵ Neben diesen Vorschriften dient die Geheimhaltung der ausgewählten Teilnehmeranträge der Gewährleistung der Transparenz und der Gleichbehandlung der Teilnehmer im Auswahlverfahren.

(iii) Die Aufforderung zur Angebotsabgabe

Die auf den Teilnahmewettbewerb folgende Aufforderung zur Angebotsabgabe hat gleichzeitig an alle ausgewählten Teilnehmer zu erfolgen und alle zur Angebotlegung

⁵⁸¹ Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 - Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl II Nr 300/2006.

⁵⁸² Pachner in: Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, zu § 39, Rz 3.

⁵⁸³ § 103 Abs 4 BVergG 2006, vgl oben unter Punkt II)E)2)b).

⁵⁸⁴ § 2 Z 20 lit a BVergG 2006.

⁵⁸⁵ § 103 Abs 4, 6 und 7 BVergG 2006.

erforderlichen Angaben zu enthalten. Zu diesen zählen naturgemäß auch die Ausschreibungsunterlagen und die Beschreibung der Leistung.⁵⁸⁶

Das BVergG 2006 enthält für die Leistungsbeschreibung bei einem Verhandlungsverfahren keine speziellen Bestimmungen, es finden daher die allgemeinen Regeln Anwendung.⁵⁸⁷ Aus § 105 Abs 1 BVergG 2006, wonach im Verhandlungsverfahren über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln ist, wird jedoch die Ansicht abgeleitet, die Leistungsbeschreibung müsse im Verhandlungsverfahren nicht die Tiefe wie im offenen oder nicht offenen Verfahren aufweisen. Die Anforderungen, die an die Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren gestellt werden, sind somit grundsätzlich die gleichen.⁵⁸⁸ Allerdings ist für den weiteren Verlauf des Verhandlungsverfahrens eine Veränderung des Leistungsinhaltes möglich, woraus zu folgern ist, dass die Leistungsbeschreibung nicht abschließend sein muss. Im Gegenzug sind auch die Bieter im Verhandlungsverfahren nicht strikt an die Ausschreibungsunterlagen und damit an die Leistungsbeschreibung gebunden. Im Verhandlungsverfahren wird daher häufig von einer funktionalen Leistungsbeschreibung Gebrauch gemacht.⁵⁸⁹

Ebenso sind auch Gewichtung bzw. Reihung der Zuschlagskriterien spätestens in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen.⁵⁹⁰ Diese dürfen gemäß § 105 Abs 1 BVergG 2006 während des gesamten Verfahrens keine Veränderung erfahren, außer eine derartige Möglichkeit wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt. Diese Regelung ist in Hinblick auf das sich aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot ableitende Kontinuitätsanfordernis an die Zuschlagskriterien problematisch.⁵⁹¹ Die Änderungsmöglichkeit muss daher bereits so konkret in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sein, dass die Transparenz der Vorgangsweise gewahrt bleibt, eine Vorhersehbarkeit gegeben ist.⁵⁹² Dem Auftraggeber ist somit

⁵⁸⁶ § 103 Abs 9 BVergG 2006.

⁵⁸⁷ Vgl §§ 95 ff BVergG 2006.

⁵⁸⁸ Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 571.

⁵⁸⁹ Vgl. zu den Arten der Leistungsbeschreibung oben Punkt: D)G)3).

⁵⁹⁰ § 80 Abs 3 BVergG 2006.

⁵⁹¹ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Zuschlagskriterien vgl EuGH vom 18.10.2001, Rs C-19/00, SIAC.

⁵⁹² Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Graz 2006, 68. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an Zuschlagskriterien vgl EuGH vom 18.10.2001, Rs C-19/00, SIAC.

eine Änderung der Zuschlagskriterien nur unter vorheriger Bekanntgabe und folgender zusätzlicher Voraussetzungen möglich:

- es sind in den Verhandlungen keine Angebote durch ein Shortlisting ausgeschieden worden;
- die Änderungen sind aufgrund der Verhandlungsergebnisse sachlich begründbar und
- es besteht für jeden Bieter die Möglichkeit, durch ein Letztangebot auf die Änderung der Zuschlagskriterien reagieren zu können.⁵⁹³

Die durch § 105 Abs 1 BVergG ermöglichte Änderung der Zuschlagskriterien ist daher nur in äußerst engen Grenzen zulässig.⁵⁹⁴

Die von den Teilnehmern eingebrachten Angebote sind beim Verhandlungsverfahren unter Ausschluss der Bieter zu öffnen und zu prüfen. Das Ergebnis der Öffnung ist geheim zu halten.⁵⁹⁵ Dies ist im Verhandlungsverfahren deshalb geboten, da nach Angebotlegung die Wettbewerbssituation unter den Bieter fortbesteht. Es ist daher weiterhin dem allgemeinen Geheimhaltungsgrundsatz Rechnung zu tragen.⁵⁹⁶

(iv) Die Verhandlungen mit den Bietern

01 Die Durchführung der Verhandlungen

Die nach der Angebotlegung zwischen dem Auftraggeber und den Bietern stattfindenden Verhandlungen stellen das Charakteristikum der Verfahrensart dar. Unter dem Begriff „Verhandlungen“ wird dabei sowohl ein schriftlicher als auch ein (fern-)mündlicher Vorgang verstanden, bei welchem es im Wesentlichen zu einem Austausch von Informationen kommt.⁵⁹⁷ Zu beachten ist, dass während des gesamten Verhandlungsverlaufes die Notwendigkeit besteht, die einzelnen Verhandlungsschritte und ihre Ergebnisse in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren. Die für die Durchführung der Verhandlungen gewählte

⁵⁹³ Aicher, Bestbieterermittlung und Widerruf, in: Kandlhofer/Seyfried (Hrsg), Interne Revision und Vergaberecht, Wien 2008, 27, 33.

⁵⁹⁴ Vgl zur Möglichkeit, die Zuschlagskriterien durch Unterkriterien zu ergänzen bzw. zu präzisieren oben Punkt: II)E)3)i).

⁵⁹⁵ 118 Abs 2 BVergG 2006.

⁵⁹⁶ § 23 Abs 1 BVergG 2006; Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 573.

⁵⁹⁷ Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 563.

Vorgangsweise hat der Auftraggeber bereits in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Die getroffenen Festlegungen dürfen im Zuge des Verhandlungsverfahrens nicht verändert werden, außer diese Möglichkeit wurde in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen.⁵⁹⁸ Diese Anforderungen an den Auftraggeber sollen verbunden mit dem Verbot der diskriminierenden Weitergabe von Informationen⁵⁹⁹ (dh einseitiger, unvollständiger Informationen) an die Bieter, den Prinzipien des Diskriminierungsverbotes sowie des Transparenzgebotes während der Verhandlungsphasen Rechnung tragen.

Im Zuge der Verhandlungen mit den Bietern hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass die Vergleichbarkeit der Angebote aufrechterhalten wird. Nur bei vergleichbaren Angeboten ist nämlich eine objektive Vergabeentscheidung möglich. Lediglich in Ausnahmefällen, zB bei nicht hinreichend spezifizierbaren Dienstleistungen im Fall des § 30 Abs 1 Z 3 BVergG 2006, kann eine Vergleichbarkeit aus der Natur der Sache von vornherein nicht möglich sein. Hier sind vom Auftraggeber Maßnahmen zu setzen, um die Vergleichbarkeit dennoch herzustellen.⁶⁰⁰ Abschließend muss festgehalten werden, dass Verhandlungen immer dann geboten sind, wenn die Unterschiede zwischen den Angeboten nicht durch Anwendung der Zuschlagskriterien behoben werden können.⁶⁰¹

02 Der Umfang der Verhandlungen

Hinsichtlich des Umfangs der Verhandlungen ist zunächst auf die Anzahl der vorhandenen Bieter abzustellen. Wird das Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern geführt, besteht für den Auftraggeber eine Verhandlungspflicht, wobei mindestens eine Verhandlungsrunde durchgeführt werden muss. Ist hingegen nur ein Bieter vorhanden, besteht keine Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen.⁶⁰²

⁵⁹⁸ vgl § 105 Abs 5 BVergG 2006; 1171 BlgNR XXII GP 80.

⁵⁹⁹ § 105 Abs 1 dritter Satz BVergG 2006.

⁶⁰⁰ Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 564 f.

⁶⁰¹ BVA vom 12.04.2002, N-128/01 ZVB 2002, 165.

⁶⁰² § 105 Abs 1, erster und zweiter Satz BVergG 2006 („hat“ bzw „darf“); 1171 BlgNR XXII GP 78.

Im Zuge der Verhandlungen kann im Einzelnen über alle Positionen hinsichtlich Preis und Leistung des zu vergebenden Auftrages verhandelt werden.⁶⁰³ Verhandlungsgegenstand sind beispielsweise der Leistungsumfang, die Qualität der Leistung, die Art der Leistungserbringung sowie ihre technische Ausführung und Verbesserungen der Leistung.⁶⁰⁴ Verhandlungen sind ein dynamischer Prozess, in dem es auch zu einer Veränderung des Leistungsgegenstandes kommen kann. Dies darf aber nicht soweit gehen, dass am Ende des Verhandlungsprozesses eine grundsätzlich andere Leistung (ein Aliud) beschafft werden soll als jene, die der Ausschreibung zugrunde liegt.⁶⁰⁵ Es ist nämlich der Grundsatz der Wahrung der Identität von Ausschreibungs- und Beschaffungsgegenstand bei der Auftragserteilung zu beachten.⁶⁰⁶ Die Grenze wird erreicht, wenn Veränderungen soweit gehen, dass die derart veränderte Leistung geeignet wäre, einen anderen Bieterkreis anzusprechen.⁶⁰⁷

Das im BVergG 2002 enthaltene explizite Verbot reiner Preisverhandlungen wurde in das BVergG 2006 nicht mehr aufgenommen. Im Zuge der parlamentarischen Behandlung der Regierungsvorlage hat der Verfassungsausschuss hierzu jedoch eine Feststellung des Inhaltes getroffen, dass „Verhandlungen, die bloße Preisänderungen zum Inhalt haben, unzulässig sind, da sie dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes nicht entsprechen“.⁶⁰⁸

03 Die Strukturierung der Verhandlungen

In Art 30 Abs 4 VKR wird die Möglichkeit, das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in mehreren Phasen abzuwickeln und hierbei auch die Anzahl der Angebote) zu reduzieren, ausdrücklich vorgesehen (short listing).⁶⁰⁹ Der Auftraggeber kann die Verhandlungen also strukturieren, wobei dabei im Besonderen der Transparenz- und der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten sind. Den Bieter sind daher sämtliche Informationen über die einzelnen Verhandlungsphasen,

⁶⁰³ § 105 Abs 1 BVergG 2006.

⁶⁰⁴ Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Köln 2005, 151 ff.

⁶⁰⁵ Byok, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 114.

⁶⁰⁶ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 857.

⁶⁰⁷ Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Graz 2006, 68; Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Köln 2005, 155.

⁶⁰⁸ 1245 B1gNR XXII GP 11.

⁶⁰⁹ Vgl dazu auch den 41. Erwägungsgrund der VKR bzw. oben Punkt II)E)3)g).

wie etwaige Fristen, Zeitablauf und Verhandlungsgegenstand, gleichzeitig mitzuteilen.⁶¹⁰

Die Möglichkeit, die Verhandlungen zu strukturieren und dabei die Zahl der Angebote zu reduzieren, ist auch in § 105 Abs 2 BVergG 2006 vorgesehen. Die Reduktion der Angebote hat auch beim Verhandlungsverfahren an Hand der Zuschlagskriterien zu erfolgen. Die Absicht, von der Möglichkeit einer schrittweisen Reduktion der Angebote Gebrauch zu machen, ist jedoch bereits in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen darzulegen. Ausgehend vom Gedanken, dass im Verhandlungsverfahren dem Auftraggeber ein gewisser Spielraum zur Gestaltung des Verhandlungsverlaufes offen bleiben soll, hat das BVergG 2006 bei der Umsetzung der VKR versucht, ein zu großes Maß der Formalisierung zu vermeiden. Der Auftraggeber kann daher bei Bekanntgabe der von ihm vorgesehenen Vorgangsweise auch Vorbehalte setzen. Auf diese Weise könnte er z.B. erreichen, dass er von einer von ihm angekündigten Reduktion der Angebote wieder absehen kann. In diesem Sinne wird auch keine Aussage darüber getroffen, zu welchem Zeitpunkt die Verringerung der Bieter durch den Auftraggeber zu erfolgen hat. Der Auftraggeber kann daher sowohl erst nachdem er eine erste Verhandlungsrunde durchgeführt hat oder bereits während der Verhandlungen eine Reduzierung vornehmen.⁶¹¹

Die Reduktion der Angebote setzt eine Zwischenwertung voraus, aus der die Entscheidung, die Verhandlungen nur mehr über eine eingeschränkte Anzahl von Angeboten weiterzuführen, begründet werden kann. Vor der Vornahme dieser Zwischenwertung ist allen Bietern zunächst eine Nachbesserung ihres Angebotes zuzugestehen. Jene Bieter, deren Angebote nicht mehr Berücksichtigung finden, sind unverzüglich zu verständigen. Ergeben sich in weiterer Folge in den Verhandlungen Veränderungen des Leistungsinhaltes, die zu einer anderen Entscheidung hinsichtlich der short list geführt hätten, sind die ausgeschiedenen Bieter wieder einzubeziehen (long list).⁶¹²

⁶¹⁰ Byok, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006, 115.

⁶¹¹ 1171 BlgNR XXII GP 79.

⁶¹² Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 567.

Sowohl bei Bekanntgabe der beabsichtigten Vorgangsweise wie auch bei der Reduzierung der Angebote ist darauf zu achten, dass eine ausreichende Anzahl von Angeboten bzw. geeigneten Bietern verbleibt, um einen echten Wettbewerb sicherzustellen.⁶¹³ Es ist daher nicht möglich, die Angebote unter Heranziehung der Zuschlagskriterien in der Verhandlungsphase auf ein einzig verbleibendes zu reduzieren.⁶¹⁴ Allerdings können sich die Anforderungen, die an die Eignung der Bieter von Seiten des Auftraggebers gestellt werden, im Laufe des Verhandlungsverfahrens in einem gewissen Maße ändern. Wenn also nur noch ein Bieter als geeignet angesehen werden kann, sind die Verhandlungen auch mit diesem alleine verbliebenen Bieter zulässig.⁶¹⁵ Auch hier wird der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers in Bezug auf die nicht angenommene Eignung der ausgeschiedenen Bieter bzw. der Ausscheidung von deren Angeboten an Hand der Zuschlagskriterien große Bedeutung zukommen.

(v) Der Abschluss des Verhandlungsverfahrens

Dem Auftraggeber ist es auch überlassen, zu welchem Zeitpunkt er das Verhandlungsverfahren in die Schlussphase treten lässt. In der Regel sind die Verhandlungen mit der Legung des letzten Angebotes abgeschlossen doch ist ein Vorbehalt des Auftraggebers, eventuell nochmals die Verhandlungen aufzunehmen, möglich.⁶¹⁶ Der Auftraggeber könnte aber auch bereits am Beginn der Verhandlungen in die Schlussphase gehen, indem er zu einer letztmaligen Angebotsabgabe auffordert, da keine weiteren Abklärungen erforderlich sind. Im Sinne des Transparenzgebotes sind die Bieter jedenfalls stets vom beabsichtigten Abschluss des Verhandlungsverfahrens zu verständigen.

Vor der Auswahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung sind Angebote von Bietern auszuscheiden, wenn einer der in § 129 Abs 1 und 2 BVergG 2006 genannten Ausscheidungsgründe vorliegt. Die betroffenen Bieter sind von der Ausscheidung ihres Angebotes unter Angabe der Begründung zu verständigen.

⁶¹³ Vgl § 105 Abs 2 BVergG 2006 bzw. Art 44 Abs 2 VKR.

⁶¹⁴ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 856.

⁶¹⁵ Schramm/Öhler in: Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005, 564 f; 1171 BlgNR XXII GP 79.

⁶¹⁶ BVA vom 02.01.2007, N/0093-BVA/05/2006/57.

Die nach Abschluss des Verhandlungsverfahrens vom Auftraggeber zu treffende Vergabeentscheidung ist als beabsichtigte Zuschlagsentscheidung den im Verhandlungsverfahren verbliebenen Bietern, dh. den nicht oder noch nicht rechtskräftig ausgeschiedenen Bietern, mitzuteilen.⁶¹⁷

Der Zuschlag ist im Verhandlungsverfahren gemäß den allgemeinen Bestimmungen entsprechend den in der Bekanntmachung erfolgten Festlegungen, dem technisch und wirtschaftlich besten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. In letzterem Fall muss jedoch der Qualitätsstandard der Leistung klar und eindeutig in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen definiert sein.⁶¹⁸

Nach Ablauf der Stillhaltefrist kann der Zuschlag erteilt werden.

(b) Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist ein einstufiges Verfahren. Es setzt erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe durch den Auftraggeber ein. Gegenüber dem Verhandlungsverfahren mit öffentlicher Bekanntmachung entfällt somit das Erfordernis, das Verfahren allgemein bekannt zu geben und einen Teilnehmerwettbewerb durchzuführen.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgt somit vom Auftraggeber direkt an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer. Diese Qualifikationen werden im Vorhinein vom Auftraggeber geprüft, der diese Prüfung zu dokumentieren hat.⁶¹⁹

Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der gestellten Aufgabe festzulegen, darf aber nicht unter drei liegen. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn dringliche, zwingende Gründe vorliegen oder die Fähigkeit zur Leistungserbringung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden oder keine hinreichende Anzahl an befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen

⁶¹⁷ § 131 Abs 1 BVergG 2006.

⁶¹⁸ Vgl. dazu oben Punkt I)G)3).

⁶¹⁹ § 102 Abs 1 BVergG 2006.

Unternehmen gefunden werden kann.⁶²⁰ Die Auswahl muss in nicht diskriminierender Weise erfolgen. Innerhalb des Kreises der zur Teilnahme aufgeforderten, leistungsfähigen Unternehmen hat vom Auftraggeber ein regelmäßiger Wechsel zu erfolgen, wobei auch Klein- und Mittelunternehmen einzubeziehen sind.⁶²¹

Will ein Auftraggeber ein auf Grundlage eines Ausnahmetatbestandes der Z 1 der §§ 28 bis 30 Abs 1 BVergG 2006 mögliches Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung als Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchführen, so ist die Aufforderung zur Teilnahme ausschließlich an den in diesen Gesetzesstellen definierten Kreis der Bieter des vorangegangenen Verfahrens zu richten.

Die weiteren Verfahrensschritte des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung entsprechen jenen des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. Hinsichtlich der Durchführung der Verhandlungen hat der Auftraggeber aber die Möglichkeit, in den Ausschreibungsbedingungen einen Vorbehalt aufzunehmen, der es ihm ermöglicht, im Falle des Vorliegens vollständig ausgearbeiteter Angebote die Verhandlungen nur mit dem bestgereihten Bieter zu führen und Verhandlungen mit den anderen Bietern erst aufzunehmen, wenn diese erfolglos bleiben.⁶²²

5) Weitere Möglichkeiten der Durchführung von Verhandlungsverfahren

Im Unterschwellenbereich bestehen für den Auftraggeber weitere Möglichkeiten, im Falle des Vorliegens der weiteren in § 38 BVergG 2006 in den Absätzen 1, 2 und 3 festgelegten Ausnahmetatbestände von der Möglichkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens Gebrauch zu machen.

Es besteht daher im Unterschwellenbereich die Möglichkeit:

- 1) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu vergeben,

⁶²⁰ § 102 Abs 3 BVergG 2006; 1171 BlgNR XXII GP 77.

⁶²¹ § 102 Abs 2 BVergG 2006.

⁶²² § 105 Abs 4 BVergG 2006.

- 2) das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu wählen und in diesem Verfahren Bauaufträge zu vergeben, wenn die geschätzte Auftragsumme 350 000 € nicht erreicht,
- 3) das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu wählen, soweit
 - i) bei Bauaufträgen der geschätzte Auftragswert 80 000 € und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 60 000 € nicht erreicht, oder
 - ii) Waren und Dienstleistungen innerhalb eines kurzen zur Verfügung stehenden Zeitraumes erheblich unter den marktüblichen Preisen beschafft werden können, oder
 - iii) im Rahmen eines durchgeführten Vergabeverfahrens kein geeignetes Angebot abgegeben, keine Wettbewerbsarbeit oder Lösung eingereicht wurde, diese nicht im Sinne dieses Bundesgesetzes geeignet sind oder kein Teilnahmeantrag gestellt wurde. Voraussetzung ist, dass die ursprünglichen Auftragsbedingungen vom Auftraggeber nicht grundlegend geändert werden.
- 4) das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu wählen, um geistige Dienstleistungen in Verhandlungen mit nur einem Unternehmer zu vergeben. Voraussetzung ist, dass
 - i) die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes aufgrund der Kosten des Beschaffungsvorganges nicht vertretbar ist, oder
 - ii) der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweils auf Grundlage des § 12 Abs 1 Z 1 oder Z 2 BVergG 2006 festgelegten Schwellenwertes nicht erreicht.

Die Wertgrenzen des § 38 BVergG 2006 wurden gewählt, da unterhalb dieser Grenzen keine wirtschaftlich vertretbare Vergabe in einem Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung erfolgen kann. Die verminderten Wertgrenzen des § 38 Abs 3 BVergG 2006 wurden gewählt, da die Kommission die Auffassung vertreten hat, diese Bestimmung würde den Transparenzgrundsatz verletzen. Unter Beachtung der Spruchpraxis des EuGH wurde daher der Anwendungsbereich durch die Herabsetzung der Wertgrenze eingeschränkt.⁶²³

⁶²³ 1171 BlgNR XXII GP 50.

IV) Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich

A) Allgemeines

In der vorliegenden Arbeit ist schon des Öfteren angedeutet worden, dass die durch die VKR im Jahre 2004 auf europäischer, und mit dem BVergG 2006 auch auf nationaler Ebene eingeführte neue Vergabeverfahrensart des wettbewerblichen Dialoges eine deutliche Nähe zu bzw. Ähnlichkeit mit dem bereits längere Zeit dem Rechtsbestand angehörenden Verhandlungsverfahren aufweist.

So ist bei den Anwendungsbestimmungen dieser beiden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auffallend, dass die ihre Anwendbarkeit festlegenden Tatbestände verhältnismäßig enge Grenzen setzen, diese Vergabeverfahren somit zu Ausnahmeverfahren erklären. Die sich aus diesen Anwendungsvoraussetzungen andeutende Nachrangigkeit des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens gegenüber den als Regelverfahren ausgestalteten offenen und nicht offenen Verfahren ist in der VKR und im BVergG 2006 auch ausdrücklich festgehalten. So legt Art 28 VKR fest: *„Für die Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge wenden die öffentlichen Auftraggeber die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form an. Sie vergeben diese Aufträge im Wege des offenen oder des nichtoffenen Verfahrens. Unter den besonderen in Artikel 29 ausdrücklich genannten Umständen können die öffentlichen Auftraggeber ihre öffentlichen Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialogs vergeben. In den Fällen und unter den Umständen, die in den Artikeln 30 und 31 ausdrücklich genannt sind, können sie auf ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgreifen.“*

In Art 28 VKR wird somit der Vorrang des offenen und des nicht offenen Verfahrens festgelegt. Dies wohl deshalb, da diese Verfahren mangels Verhandlungsmöglichkeit⁶²⁴ bzw. Möglichkeit der Kontaktaufnahme zwischen

⁶²⁴ Das so genannte „Verhandlungsverbot“ wird für das offene und das nicht offene Verfahren im Bereich der Bestimmungen über den Ablauf einzelner Vergabeverfahren, der §§ 101 – 105 BVergG 2006 statuiert. Für das offene Verfahren legt § 101 Abs 4 BVergG 2006 fest: *„Während eines offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.“* Ebenso verbietet für das nicht offenen Verfahren § 104 Abs 2 BVergG 2006 Verhandlungen: *„Während eines nicht offenen Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.“* Vgl. dazu auch: 1171 BlgNR XXII GP 77 f.

Auftraggeber und Bieter den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung am besten entsprechen. In ähnlicher Weise wie Art 28 VKR legt § 27 BVergG 2006 das Primat dieser Verfahrensarten fest, enthält jedoch eine bedeutende Einschränkung. Gemäß dieser Bestimmung können die Auftraggeber nämlich nur das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung frei wählen,⁶²⁵ während gemäß § 37 BVergG 2006 das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nur im Unterschwellenbereich zur Verfügung steht. Die Anwendung des wettbewerblichen Dialoges als auch des Verhandlungsverfahrens bedarf – da vom Auftraggeber nicht frei wählbar – einer dokumentierten Begründung betreffend das Vorliegen des jeweiligen Ausnahmetatbestandes. Diese Ausnahmetatbestände sind für den wettbewerblichen Dialog in Art 1 Abs 11 lit c VKR und in § 34 Abs 1 BVergG 2006 geregelt, für das Verhandlungsverfahren finden sie sich in Art 30 und Art 31 VKR bzw. in den §§ 28 bis 30 BVergG 2006.

Eine Ähnlichkeit der beiden Verfahren liegt somit in ihrer aufgezeigten Subsidiarität, eine Parallelität ist aber auch teilweise bei den im Wege dieser Verfahren zu beschaffenden Leistungen gegeben. So kann beim wettbewerblichen Dialog stets und beim Verhandlungsverfahren in den Fällen der §§ 28 Abs 1 Z 3, 29 Abs 1 Z 2 und 30 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG 2006 die Leistung in der für die Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens hinreichenden Bestimmtheit nicht angegeben werden.

Aus der Komplexität der hier in Rede stehenden Leistungen leitet sich auch ab, dass in beiden Verfahrensarten eine erhöhte Verfahrensflexibilität besteht. Diese ermöglicht in beiden Verfahren Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Teilnehmern am Vergabeverfahren bzw. den Bietern, in welchen der Leistungsgegenstand und –inhalt konkretisiert werden sollen.

Nachdem das Verhältnis des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens zum offenen und nicht offenen Verfahren dargestellt wurde, soll nun im Folgenden zunächst auf das Verhältnis dieser Ausnahmeverfahren zueinander in Bezug auf den Anwendungsbereich eingegangen werden. Danach

⁶²⁵ § 27 BVergG 2006 lautet: „Die Auftraggeber können bei der Vergabe von Aufträgen frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung wählen.“

sollen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede bzw. die Vor- und die Nachteile des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens im Zuge eines Leistungsvergleichs veranschaulicht werden.

In diesem Zusammenhang muss jedoch vorweg festgehalten werden, dass ein Vergleich zwischen dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren nur in Bezug auf jene Anwendungstatbestände des Verhandlungsverfahrens sinnvoll und zweckentsprechend ist, bei welchen von ähnlichen Ausgangssituationen bzw. gleichartigen Auftragsgegenständen wie beim wettbewerblichen Dialog ausgegangen werden kann. Dabei ist besonders an die Ausnahmetatbestände des Art 30 Abs 1 lit b und c VKR bzw. an die diese Bestimmungen in das österreichische Vergaberecht umsetzenden §§ 28 Abs 1 Z 3, 29 Abs 1 Z 2 und 30 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG 2006 zu denken. Wird daher im folgenden Vergleich auf das Verhandlungsverfahren Bezug genommen so sind Verhandlungsverfahren gemeint, deren Anwendung auf einem dieser Tatbestände beruht.

B) Das Verhältnis des wettbewerblichen Dialoges zum Verhandlungsverfahren

1) Allgemeines

Seit der Einführung des wettbewerblichen Dialoges in das europäische Vergaberecht ist dessen Verhältnis zum Verhandlungsverfahren ein kontroverses Thema. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich. Einerseits ist – wie bereits zuvor dargestellt – lediglich die Subsidiarität dieser flexiblen Vergabeverfahren gegenüber den starren Verfahren normiert worden. Weder der europäische noch der österreichische Gesetzgeber stellen jedoch Regelungen bezüglich des Verhältnisses dieser flexiblen Verfahrensarten zueinander zur Verfügung. Andererseits wurde der wettbewerbliche Dialog für die Vergabe komplexer Aufträge konzipiert, also für Aufträge, für deren Vergabe vor dessen Existenz in den meisten Fällen das Verhandlungsverfahren gewählt worden war. Dies führt zu einer Konkurrenzsituation der beiden Verfahren, welche durch Auslegung zu lösen ist. Es ist somit ein fruchtbarer Boden für Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten geschaffen worden.⁶²⁶ Die

⁶²⁶ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 305.

unterschiedlichen Standpunkte zum Verhältnis der beiden Vergabeverfahren sollen im Folgenden beschrieben werden:

2) Vorrangstellung des wettbewerblichen Dialoges vor dem Verhandlungsverfahren

(a) Systematische Erwägungen

Eine Vorrangstellung des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren aus systematischen Gesichtspunkten wird aus Art 30 Abs 1 lit a VKR abgeleitet.⁶²⁷ Dort ist festgelegt, dass der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchführen darf, *„wenn im Rahmen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens oder eines wettbewerblichen Dialogs keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den innerstaatlichen, mit den Artikeln 4, 24, 25 und 27 sowie mit Kapitel VII zu vereinbarenden Vorschriften unannehmbar sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden.“* Es wird argumentiert, dass somit das Verhandlungsverfahren lediglich eine Auffangfunktion für den wettbewerblichen Dialog hätte.⁶²⁸

Art 30 Abs 1 lit a VKR wurde auch jeweils in den Z 1 der §§ 28 bis 30 Abs 1 BVergG 2006 umgesetzt, welche den Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung für die verschiedenen Auftragsarten regeln.⁶²⁹

Der Interpretation, nämlich aus der Anwendungsmöglichkeit des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach gescheitertem wettbewerblichen Dialog eine allgemeine Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens gegenüber dem wettbewerblichen Dialog zu folgern, werden jedoch drei Argumente

⁶²⁷ Knauff, Neues Europäische Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 287, 289.

⁶²⁸ Knauff, ein vehementer Verfechter der Vorrangstellung des wettbewerblichen Dialoges nicht nur auf der Grundlage systematischer Erwägungen, liefert eines der seiner Ansicht nach wenigen denkbaren praktischen Beispiele für das Vorliegen dieser Konstellation: *„Zugleich ist nur in seltenen Ausnahmefällen, etwa dem Bestehen eines Anbietermonopols, vorstellbar, dass eine Auftragsvergabe bei Anwendung des Verfahrens des wettbewerblichen Dialogs scheitern könnte, während sie im Verhandlungsverfahren Erfolg hätte.“*, Knauff, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, 249, 256; (vgl. zudem Knauff, Neues Europäische Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, 287, 289; Knauff, Die Reform des europäischen Vergaberechts, EuZW 2004, 141, 142).

⁶²⁹ Vgl. auch oben Punkt: III)B)3a).

entgegengehalten. Zum einen wird auf die Pflicht des Gesetzgebers hingewiesen, für Fälle des Scheiterns bzw. der Erfolglosigkeit von Vergabeverfahren Vorsorge zu treffen. Bei Art 30 Abs 1 lit a VKR würde es sich demnach lediglich um eine solche Vorsorgemaßnahme handeln und nicht um eine Vorschrift, die die Regelung des Verhältnisses von Vergabeverfahren zum Zweck hat.⁶³⁰ Zur Bestätigung dieser Ansicht ist auch auf die die Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung regelnde Bestimmung des Art 31 Abs 1 lit a VKR zu verweisen,⁶³¹ welche dem Auftraggeber nach erfolglosem offenem oder nicht offenem Verfahren unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eröffnet. Diese - mit Art 30 Abs 1 lit a VKR korrespondierende, den wettbewerblichen Dialog als vorangegangenes Verfahren allerdings nicht einbeziehende Vorschrift - wurde ebenfalls in das BVergG 2006 übernommen.⁶³² Diesen Vorschriften wird nicht unterstellt, die Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens zu begründen, sondern werden sie eindeutig als Vorsorgevorschriften für gescheiterte Vergabeverfahren gesehen. Eine gegensätzliche Deutung der gesetzgeberisch ident gestalteten Art 30 Abs 1 lit a und Art 31 Abs 1 lit a ist nicht nachvollziehbar und wohl auch nicht haltbar. Art 30 Abs 1 lit a kann daher für eine Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens gegenüber dem wettbewerblichen Dialog nicht herangezogen werden, ebenso auch nicht die zuvor zitierten Umsetzungsbestimmungen im BVergG 2006.

Verneint wird die Annahme einer Subsidiarität zudem mit dem Hinweis auf die weiteren, eigenständigen Ausnahmetatbestände, welche eine Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens begründen.⁶³³ Trifft es zwar zu, dass dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung auch eine Auffangfunktion nach dem Scheitern eines wettbewerblichen Dialoges zukommt, so kann daraus eine generelle Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens jedoch nicht geschlossen

⁶³⁰ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, Vergabe R 2006, 851, 853 f.

⁶³¹ Gemäß Art 31 Abs 1 lit a) können Auftraggeber im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ausschreiben, „wenn im Rahmen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens keine oder keine geeigneten Angebote oder keine Bewerbungen abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden; der Kommission muss in diesem Fall ein Bericht vorgelegt werden, wenn sie dies wünscht;“

⁶³² Vgl § 28 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, § 29 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, § 30 Abs 2 Z 1 BVergG 2006;

⁶³³ Vgl dazu die umfassende Darstellung der Anwendungsmöglichkeiten des Verhandlungsverfahrens oben unter Punkt III)B)3).

werden, da sonst die angesprochenen zahlreichen übrigen Anwendungstatbestände des Verhandlungsverfahrens ins Leere laufen würden.⁶³⁴

Das dritte Gegenargument stützt sich auf Art 29 Abs 1 1. Satz VKR, welcher es den Mitgliedstaaten freistellt, den wettbewerblichen Dialog in die nationalen Vergabevorschriften aufzunehmen.⁶³⁵ Bei einem Verfahren, das nicht zwingend umzusetzen ist, sei es zumindest fraglich, ob dieses im Falle der Umsetzung einen Vorrang vor einem anderen Verfahren, hier also dem Verhandlungsverfahren haben könne.⁶³⁶

Nicht unerwähnt soll in diesem Zusammenhang auch ein vermeintlich viertes Argument bleiben. Danach soll Art 30 Abs 1 lit a VKR keine Vorrangwirkung des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren bewirken können, da die Verhandlungen in jenem Verfahren dem Wettbewerbs- und Transparenzprinzip in stärkerer Intensität zuwiderliefen.⁶³⁷ Dieser Ansicht kann wie noch unter Punkt IV)C) zu erläutern sein wird, nicht gefolgt werden.

Dessen ungeachtet ist aus den vorgenannten Gründen eine Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens gegenüber dem wettbewerblichen Dialog aus systematischen Gesichtspunkten nicht gegeben.

(b) Spezialität des wettbewerblichen Dialoges

Eine Vorrangstellung des wettbewerblichen Dialoges wird auch unter Heranziehung der Regel „lex specialis derogat legi generali“ zu konstruieren versucht. Dabei wird argumentiert, dass der wettbewerbliche Dialog gegenüber dem Verhandlungsverfahren im Bezug auf komplexe Aufträge das speziellere sei.⁶³⁸ Auch

⁶³⁴ *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 305.

⁶³⁵ Der 16. Erwägungsgrund der VKR kann in diesem Zusammenhang nicht herangezogen werden. Dieser behandelt zwar die fakultative Umsetzungsmöglichkeit der Vergabeverfahren, lässt dabei jedoch den wettbewerblichen Dialog unerwähnt; vgl. aber: *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 308.

⁶³⁶ *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 308.

⁶³⁷ *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 24.

⁶³⁸ *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, 249, 256.

wird der wettbewerbliche Dialog als ein spezielles Verhandlungsverfahren⁶³⁹ bzw. als eigenständige Variante des Verhandlungsverfahrens⁶⁴⁰ bezeichnet.

Es ist zwar nicht ganz aus der Luft gegriffen, den wettbewerblichen Dialog aufgrund der umfangreichen Verhandlungsmöglichkeiten als einen Unterfall des Verhandlungsverfahrens zu beurteilen, welcher bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen vorrangig anzuwenden wäre. Gegen diese Ansicht sprechen jedoch entscheidende Unterschiede im Ablauf der beiden Verfahrensarten. So finden die Verhandlungen über den Auftrag in unterschiedlichen Verfahrensphasen statt, auch ist deren Zweck ein anderer. Der wettbewerbliche Dialog enthält zudem völlig anders ausgestaltete Anwendungsvorschriften als das Verhandlungsverfahren, welche dem wettbewerblichen Dialog auch seine Eigenständigkeit verleihen.⁶⁴¹ Während nämlich die Anwendungsvoraussetzungen des wettbewerblichen Dialoges generell-abstrakt und kompakt in einem Tatbestand festgelegt sind, spalten sich die Anwendungsbestimmungen des Verhandlungsverfahrens in mehrere Anwendungstatbestände auf, welche auf konkrete Umstände und Gegebenheiten abstellen.

Die These, der wettbewerbliche Dialog gehe dem Verhandlungsverfahren als das speziellere vor, versuchen auch *Müller/Veil*⁶⁴² anhand dieser Anwendungsvorschriften zu widerlegen. Bei der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen im Hinblick auf eine Spezialität des wettbewerblichen Dialoges kommen sie zu dem Ergebnis, dass eine solche nicht vorliegen kann, da Fälle in Betracht kommen, bei welchen nur der wettbewerbliche Dialog anwendbar ist, nicht hingegen einer der Ausnahmetatbestände der Art 30 oder 31 VKR für das Verhandlungsverfahren vorliegt.⁶⁴³ Für eine Spezialität des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren müsste dies jedoch gegeben sein.⁶⁴⁴

⁶³⁹ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³, Köln 2005, 199.

⁶⁴⁰ *Kullack/Terner*, EU-Legislativpaket: Die neue „klassische“ Vergabekoordinierungsrichtlinie – 2.Teil, ZfBR 2004, 346, 348.

⁶⁴¹ *Holoubek*, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: *Pünder/Prieß* (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17. Vgl auch oben Punkt II)C).

⁶⁴² *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 305 f.

⁶⁴³ Dies gilt folglich auch für die, Art 30 VKR und Art 31 VKR, umsetzenden §§ 28 bis 30 BVergG 2006.

⁶⁴⁴ Nach *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², Wien 1991, 465 liegt Spezialität dann vor, wenn eine Norm alle Tatbestandsvoraussetzungen einer anderen aufweist und zumindest eine zusätzliche enthält.

Meiner Ansicht nach wird jedoch mit dem Argument, der wettbewerbliche Dialog sei gegenüber dem Verhandlungsverfahren das speziellere Verfahren⁶⁴⁵ und ginge daher diesem vor, weder auf den Ablauf, noch auf die Anwendungsvoraussetzungen der Verfahren abgestellt, sondern auf die Intention des Normgebers. Die Europäische Kommission hat den wettbewerblichen Dialog eingeführt, um Unzulänglichkeiten der Vergabeverfahren bei besonders komplexen Aufträgen Rechnung zu tragen.⁶⁴⁶ Daraus eine Spezialität des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren abzuleiten, ginge jedoch zu weit. Wie schon unter Punkt II)F)3)b) dargelegt, könnte dieses Argument lediglich für die Vergabe von PPP-Projekten in Betracht zu ziehen sein, da die Europäische Kommission diese selbst stark in Verbindung mit dem wettbewerblichen Dialog bringt. Von genereller Bedeutung ist die Intention des Normgebers jedoch bei der Untersuchung der These, wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren stünden gleichrangig nebeneinander, welche unter Punkt IV)B)4) vorgenommen werden wird.

Eine Spezialität des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren ist somit nicht gegeben.

3) Vorliegen eines Aliudverhältnisses

Neben der These, der wettbewerbliche Dialog habe Vorrang gegenüber dem Verhandlungsverfahren wird auch vertreten, dass diese beiden Vergabeverfahren in einem Aliudverhältnis zueinander stünden.⁶⁴⁷ Danach sei anhand des Informations- und Kenntnisstandes des Auftraggebers bei Verfahrensbeginn zu beurteilen, welches der beiden Vergabeverfahren für eine Auftragsvergabe Anwendung findet. Je mehr Informationen dem Auftraggeber zur Ausgestaltung der Auftragsbedingungen zur Verfügung stünden, desto eher sei der Auftrag im Verhandlungsverfahren zu vergeben.⁶⁴⁸ Dies wird mit den unterschiedlichen Anforderungen an den

⁶⁴⁵ So wörtlich: *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, 249, 256.

⁶⁴⁶ Vgl Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11.03.1998 „*Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union*“, KOM (1998) 143 endg. 6.

⁶⁴⁷ *Leinemann/Maibaum*, Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge – ein Optionsmodell, VergabeR 2004, 275, 279 f. *Trautner*, Wettbewerblicher Dialog: Chancen und Risiken für Contracting-Aufträge, CuR 2006, 88, 91 f.

⁶⁴⁸ *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 24. *Trautner*, Wettbewerblicher Dialog: Chancen und Risiken für Contracting-Aufträge, CuR 2006, 88, 91.

Bestimmtheitsgrad der Bekanntmachung beim wettbewerblichen Dialog⁶⁴⁹ und der Ausschreibung⁶⁵⁰ eines Verhandlungsverfahrens begründet. Während der Auftraggeber beim wettbewerblichen Dialog nur seine Anforderungen und Bedürfnisse anzugeben hat, hat er beim Verhandlungsverfahren, wenn auch nicht bis ins letzte Detail, die Leistung näher zu bestimmen.⁶⁵¹

Dem Ansatz, das Verhältnis zwischen wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren als ein Aliudverhältnis zu betrachten, kann meiner Ansicht nach ein rechtliches Fundament nicht abgesprochen werden. In der Tat wird sich die Ausgangslage vor der Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges von jener vor Beginn eines Verhandlungsverfahrens regelmäßig unterscheiden. Beim Verhandlungsverfahren hat der Auftraggeber nämlich bereits so konkrete Vorstellungen von der Umsetzung des Auftrages, dass er in der Lage ist, die Leistung zwar nicht eindeutig und erschöpfend, aber doch den Anforderungen einer Ausschreibung nachkommend, hinreichend bestimmt zu beschreiben. Anders verhält sich die Situation beim wettbewerblichen Dialog. Hier ist der Auftraggeber nicht in der Lage, eine Ausschreibung des Projekts zu verfassen, er kann lediglich seine Anforderungen und Bedürfnisse kundtun. Da beide Ausgangslagen nicht kumulativ bei ein und derselben Auftragsvergabe vorliegen können, könne nach dieser Ansicht die Anwendbarkeit jeweils nur für eines der beiden Verfahren gegeben sein.

Dieser Ansicht steht jedoch die Intention des europäischen Gesetzgebers bei Einführung des wettbewerblichen Dialoges entgegen. Dieser hatte nicht die Absicht, durch das Bereitstellen eines neuen Vergabeverfahrens für die Vergabe komplexer Aufträge ein bereits bestehendes Verfahren, nämlich das Verhandlungsverfahren in seinem Anwendungsbereich zu verdrängen. Es sollte vielmehr dem Auftraggeber für einen Fall eine weitere Option eröffnet werden, der wettbewerbliche Dialog neben das Verhandlungsverfahren gestellt werden.⁶⁵² Im Folgenden wird daher die Ansicht, wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren stünden in einem Verhältnis der Gleichrangigkeit nebeneinander näher untersucht.

⁶⁴⁹ Vgl zur Bekanntmachung eines wettbewerblichen Dialoges oben Punkt II)E)2)a).

⁶⁵⁰ Vgl zur Ausschreibung eines Verhandlungsverfahrens oben Punkt III)B)4)a)iii).

⁶⁵¹ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 217.

⁶⁵² Uechtritz/Ottmig, Das "ÖPP – Beschleunigungsgesetz": Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, 1105, 1107.

4) Gleichrangigkeit von wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren

(a) Wahlrecht des Auftraggebers

Gestützt auf die Intention des europäischen Gesetzgebers, ein weiteres Verfahren zur Vergabe komplexer Aufträge zu schaffen, wird die Ansicht vertreten, der wettbewerbliche Dialog und das Verhandlungsverfahren wären gleichrangig. Es bestünde also kein vom Gesetzgeber vorgegebenes Rangverhältnis zwischen diesen Verfahren, der Auftraggeber hätte somit in dem Falle, dass beide Verfahren anwendbar sind, ein freies Wahlrecht zwischen diesen Vergabeverfahren.⁶⁵³ Beiden Verfahren ist - in jenen für ein Wahlrecht in Frage kommenden Fällen - die Ausgangssituation gemein, dass der Auftraggeber nicht in der Lage ist, eine Ausschreibung zu verfassen, welche den Bestimmtheitsgrad erreicht, der für die Durchführung eines der Regelverfahren, des offenen und des nicht offenen Verfahrens, erforderlich ist.⁶⁵⁴ Es ist jedoch nicht - wie der These des Aliudverhältnisses zugrunde gelegt - davon auszugehen, dass eine Auftragsvergabe stets nur entweder im wettbewerblichen Dialog oder im Verhandlungsverfahren zulässig ist. Es sind sehr wohl Sachverhalte vorstellbar, in welchen für den Auftraggeber sowohl eine Vergabe im Dialog- wie im Verhandlungsverfahren in Frage kommt. Zu denken ist hier beispielsweise an einen besonders komplexen Auftrag, bei welchem es sich um den ersten seiner Art handelt. Obwohl es sich hier um einen Anwendungsfall des wettbewerblichen Dialoges handelt, kann der Auftraggeber entscheiden, Projektanten heranzuziehen, wenngleich dies mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sein könnte. Auf diesem Weg würde er zur Erstellung einer funktionalen Leistungsbeschreibung gelangen, mit welcher ein Verhandlungsverfahren eröffnet werden kann. Ebenso ist vorstellbar, dass der Auftraggeber vor einer Vielzahl von Lösungen steht, deren wirtschaftliche Tragweite er nicht abschätzen kann. Dennoch hat er die Möglichkeit, sich für eine zu entscheiden (unter Umständen unter vorheriger Heranziehung von Sachverständigen), für welche aber vorweg eine globale Preisgestaltung nicht

⁶⁵³ *Wagner/Bauer*, Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz – Neue Regelungen (auch) für Öffentlich-Private Partnerschaften, BWGZ 2005, 944; *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog?, VergabeR 2006, 451, 452; *Schröder*, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 217.

⁶⁵⁴ *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich

abzuschätzen ist. Auch in diesem Fall wäre also trotz der Erfüllung der Anwendungsvorschriften des wettbewerblichen Dialoges die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens statthaft.

Der wettbewerbliche Dialog steht somit gleichrangig neben dem Verhandlungsverfahren. Wie im Folgenden aufgezeigt werden soll, hat der Auftraggeber jedoch kein absolut freies, uneingeschränktes Wahlrecht zwischen diesen beiden Verfahren.

(b) Eingeschränktes Wahlrecht des Auftraggebers

In jenen Fällen, in welchen sowohl der wettbewerbliche Dialog als auch das Verhandlungsverfahren Anwendung finden können, trifft also der Auftraggeber eine Ermessensentscheidung bei der Wahl des Verfahrens, das ihm für den Beschaffungsvorgang besser geeignet erscheint. Bei dieser Ermessenentscheidung, also der Ausübung des Wahlrechts, hat der Auftraggeber jedoch die Intention des Normgebers und die Ziele des Gemeinschaftsrechts bzw. des europäischen Vergaberechts zu berücksichtigen.⁶⁵⁵

In dieser Arbeit ist schon mehrfach erwähnt worden, dass der wettbewerbliche Dialog nach der Intention des europäischen Normgebers vorzugsweise bei der Vergabe besonders komplexer PPP-Projekte Anwendung finden soll.⁶⁵⁶ Es sprechen aber auch Gründe dafür, dass der europäische Gesetzgeber generell die Anwendung des wettbewerblichen Dialoges gegenüber dem Verhandlungsverfahren bevorzugen könnte. So ist der wettbewerbliche Dialog vom europäischen Normgeber auch als Antwort darauf eingeführt worden, dass das Verhandlungsverfahren für die Vergabe komplexer Projekte als zu unflexibel angesehen wurde. Würde dem wettbewerblichen Dialog in fraglichen Fällen nicht ein gewisser Vorzug aufgrund seiner höheren Flexibilität eingeräumt werden, würde die Rechtfertigung für dessen Einführung leiden. Auch kann eine Präferenz des europäischen Normgebers für den wettbewerblichen Dialog daraus abgeleitet werden, dass dieses Verfahren in Art 1 Abs 11 lit c VKR und damit vor dem Verhandlungsverfahren, welches sich „erst“ in Art 1 Abs 11 lit d VKR findet, definiert wird. Drittens könnte eine Bevorzugung des

⁶⁵⁵ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 308 f.

⁶⁵⁶ Vgl oben unter Punkt II)F1).

wettbewerblichen Dialoges durch den Normgeber auch darin zu erblicken sein, dass ein Sektorenauftraggeber, welchem der wettbewerbliche Dialog nicht zur Verfügung steht, komplexe Aufträge im „*Verhandlungsverfahren mit Aufruf zum Wettbewerb*“⁶⁵⁷ vergeben kann. Dieses Verfahren könne der Auftraggeber entsprechend der Bestimmungen für den Ablauf eines wettbewerblichen Dialoges durchführen. Auf diesem Umweg wolle also die Europäische Kommission die Auftragsvergabe in dem wettbewerblichen Dialog angeglichenen Weise sogar dem Sektorenauftraggeber ermöglichen.

Die angeführten Anknüpfungspunkte zur Erschließung des Willens des europäischen Normgebers sind freilich nicht unbestritten und haben jedenfalls nicht jene Kraft, dem Auftraggeber das Wahlrecht völlig zu verwehren. Dies gilt auch für die folgenden Gründe, welche für ein beschränktes Wahlrecht sprechen, doch sind diese, sich an den Prinzipien und Politikzielen des Europäischen Gemeinschaftsrechts orientierend, als fundierter zu werten.

In diesem Zusammenhang müssen die rechtlich zwar nicht verbindlichen, aber wichtigen Politikziele des Art 3 EG näher betrachtet werden. Konkret sind hier vor allem folgende Ziele von Bedeutung:

- Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen⁶⁵⁸
- Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie⁶⁵⁹
- Förderung der Forschung und der technologischen Entwicklung⁶⁶⁰

Beim europäischen Vergabeverfahrensrecht handelt es sich um einen Teilbereich eines Systems, das den Wettbewerb vor Verfälschungen bewahren soll. Die Vergabeverfahren sollen das Diskriminierungsverbot nach Art 12 EG⁶⁶¹ sicherstellen und dem Transparenzgebot sowie dem Gebot der Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer, wie es Art 2 VKR⁶⁶² fordert, Rechnung tragen. Letzteren

⁶⁵⁷ Erläuterungen der Europäischen Kommission (FN 182), 1 (Fn 2).

⁶⁵⁸ Art 3 Abs 1 lit g EG.

⁶⁵⁹ Art 3 Abs 1 lit m EG.

⁶⁶⁰ Art 3 Abs 1 lit n EG.

⁶⁶¹ Art 12 EG lautet: „Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“

⁶⁶² Art 2 VKR lautet: „Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor.“

Geboten wird - wie sogleich unter Punkt IV)C) näher ausgeführt werden wird - der wettbewerbliche Dialog jedoch besser als das Verhandlungsverfahren gerecht.⁶⁶³

Ebenso verhält es sich in Bezug auf die oben angeführten Politikziele des Art 3 Abs 1 lit m und n EG. Aus diesen Bestimmungen kann entnommen werden, dass die Innovationsförderung ein wichtiges Anliegen der Union darstellt. In der Lissabon-Strategie hat sich die Union zum Ziel gesetzt, zum „wettbewerbsfähigsten und dynamischsten, wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt“⁶⁶⁴ zu werden.

Bei der Verwirklichung dieses Ziels wird auch der öffentliche Sektor in die Pflicht genommen: *„Der öffentliche Sektor spielt in allen europäischen Ländern eine wichtige Rolle. Er kann eine Innovationsquelle sein und ist zweifellos ein bedeutender Verbraucher von innovativen Waren und Dienstleistungen. Ein effizientes, offenes und wettbewerbsorientiertes öffentliches Beschaffungswesen kann bei der Förderung von Innovationen eine sehr wichtige Rolle spielen.“*⁶⁶⁵

Diese Funktion kann wohl vom wettbewerblichen Dialog am besten erfüllt werden. Gerade die neue Dialogphase des Verfahrens ermöglicht es den Wirtschaftsteilnehmern, kreative und innovative Lösungsansätze mit dem Auftraggeber zu erörtern und so in den Beschaffungsprozess einfließen zu lassen. Der in dieser Phase bestehende Wettbewerb zwischen den Teilnehmern soll einen zusätzlichen Anreiz in diese Richtung darstellen. Zudem sind gerade die im 31. Erwägungsgrund der VKR genannten Beispiele der Infrastrukturprojekte, der Computernetzwerke und der Vorhaben mit komplexer und strukturierter Finanzierung Paradebeispiele innovationsbedürftiger Auftragsvergaben.

Aus diesen Gründen ist der Auftraggeber angehalten, die Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges einem Verhandlungsverfahren – trotz der grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Verfahren – vorzuziehen. Folglich sind an die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens bei besonders komplexen Aufträgen erhöhte

⁶⁶³ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 309.

⁶⁶⁴ Europäischer Rat (Lissabon) vom 23. und 24.03.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 2.

⁶⁶⁵ Mitteilung der Kommission „Innovationspolitik: Anpassung des Ansatzes der Union im Rahmen der Lissabon-Strategie“, KOM (2003) 112 endg, 23.

Begründungsanforderungen zu stellen, welche im Vergabevermerk zum Zwecke der Rechtfertigung und Überprüfbarkeit dokumentiert werden müssen.⁶⁶⁶

C) Leistungsvergleich

Nach der eben durchgeführten Analyse des Verhältnisses des wettbewerblichen Dialoges zum Verhandlungsverfahren werden nun im folgenden Leistungsvergleich die Möglichkeiten und Grenzen bei der Durchführung dieser Verfahren begutachtet. Dabei sollen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie die Vor- und Nachteile der Verfahren gegenübergestellt werden.

Um zu Beginn an das Kapitel zuvor anzuknüpfen, drängen sich zunächst als Gemeinsamkeit des wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens die strengen Anwendungsbestimmungen auf. Der wettbewerbliche Dialog ist nur unter den „flaschenhalsartigen“⁶⁶⁷ Voraussetzungen des § 34 BVergG 2006 anwendbar, ein Verhandlungsverfahren kann nur durchgeführt werden, wenn einer der restriktiv auszulegenden Tatbestände der §§ 28 bis 30 BVergG 2006 erfüllt ist. Im Unterschied zu diesen engen Anwendungsvoraussetzungen sind jedoch die Durchführungsvorschriften für den Ablauf der Verfahren im Gegensatz zu jenen des offenen Verfahrens nicht abschließend geregelt.⁶⁶⁸ Für die Durchführung beider Verfahren sind aufgrund der verhältnismäßig geringen Regelungsdichte die allgemeinen Verfahrensgrundsätze von großer Bedeutung. Letzteres trifft vor allem auf das Verhandlungsverfahren zu, dessen Ausgestaltung nur wenig geregelt ist. Für den wettbewerblichen Dialog existieren zwar in den §§ 159 – 162 BVergG 2006 eigene Durchführungsbestimmungen, welche auch teilweise die Verfahrensgrundsätze für dieses Verfahren eigens ausgestalten. Diese Bestimmungen betreffend die Bekanntmachung, die Dialogphase und die Angebotsphase des Verfahrens, lassen jedoch – wie schon unter Punkt II) dieser Arbeit aufgezeigt worden ist – viele Fragen offen.

⁶⁶⁶ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 308 f.

⁶⁶⁷ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 858.

⁶⁶⁸ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 302.

Dennoch handelt es sich beim wettbewerblichen Dialog um eine größere Regelungsdichte als beim Verhandlungsverfahren. Daraus und aus der noch fehlenden Judikatur zu den Anwendungs- und Durchführungsvorschriften zum wettbewerblichen Dialog wird eine erhöhte Rechtsunsicherheit und Nachprüfungsanfälligkeit des wettbewerblichen Dialoges als Nachteil gegenüber dem Verhandlungsverfahren geortet.⁶⁶⁹ Dies könnte sich vor allem in den ersten Jahren nach der Einführung des wettbewerblichen Dialoges als Hemmnis für dessen Anwendung in der Praxis erweisen, da sich aufgrund dessen die Verfahrensdauer empfindlich in die Länge ziehen dürfte. Wie unter Punkt II) dieser Arbeit erörtert, bedürfen viele Fragen der Auslegung bzw. Klärung durch EuGH bzw. nationale Gerichte und Vergabekontrollbehörden.

Eng mit den Anwendungsbestimmungen für beide Verfahrenarten verbunden ist die ähnliche Ausgangssituation vor Verfahrensbeginn. Weder beim wettbewerblichen Dialog, noch beim Verhandlungsverfahren können bzw. müssen Leistungsgegenstand und Auftragsbedingungen in der Leistungsbeschreibung so eindeutig und abschließend angegeben werden, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren durchgeführt werden könnte.⁶⁷⁰ Während es jedoch bei einem Verhandlungsverfahren eine Ausschreibung geben muss, der Auftraggeber den Auftrag also so detailliert wie es ihm möglich ist,⁶⁷¹ zu beschreiben hat, sind beim wettbewerblichen Dialog lediglich „Bedürfnisse und Anforderungen“ anzugeben. Der Auftragsgegenstand, also die zu beschaffende Leistung, muss somit beim Verhandlungsverfahren zu Beginn des Verfahrens konkreter abgesteckt sein, als beim wettbewerblichen Dialog. Der Auftraggeber hat sich daher beim Verhandlungsverfahren früher auf eine Lösungsvariante festzulegen. Die auf die Anforderungen und Bedürfnisse beschränkte Bekanntgabe von Informationen betreffend den Leistungsgegenstand gibt hingegen dem Auftraggeber im wettbewerblichen Dialog ein höheres Maß an Flexibilität bei der Konkretisierung des Auftragsgegenstandes.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Ollmann, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, VergabeR 2005, 685,688. Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 310.

⁶⁷⁰ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 217.

⁶⁷¹ Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Graz 2006, 67.

⁶⁷² Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 862 f.

Diese Ausführungen leiten auf eine weitere Gemeinsamkeit der beiden Vergabeverfahren hin. In beiden Verfahren besteht in bestimmten Phasen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern kein Kontaktverbot, welches jedoch für offenes wie nicht offenes Verfahren kennzeichnend ist.⁶⁷³ In beiden Verfahren finden somit in bestimmten Verfahrensabschnitten Verhandlungen statt. In diesem Zusammenhang ist auf den wohl bedeutendsten Unterschied zwischen wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren hinzuweisen. Dieser ist im Zeitpunkt⁶⁷⁴ der Verhandlungen gelegen, welcher sich nach deren Zweck bestimmt.

Treten nämlich der Auftraggeber und die Teilnehmer bzw. Bieter im wettbewerblichen Dialog bereits vor der Abgabe der Angebote in Dialoggespräche, besteht diese Möglichkeit beim Verhandlungsverfahren nicht. Während der wettbewerbliche Dialog also in diesem Stadium seine Dynamik und Flexibilität im Rahmen der vergaberechtlichen Neuheit „Dialogphase“ entwickelt, ist das Verhandlungsverfahren vor der Angebotsabgabe ähnlich starr wie das offene und das nicht offene Verfahren ausgestaltet. Diese Möglichkeit des Dialoges in einer frühen Phase des Verfahrens, die es sämtlichen Teilnehmern am Verfahren eröffnet, sich bei der Konzeptionierung des Auftragsgegenstandes mit ihrem unternehmerischen Wissen einzubringen, stellt auch eine erhebliche Entschärfung der Projektantenproblematik dar.⁶⁷⁵ Im Gegensatz dazu erhält das Verhandlungsverfahren erst in der Wertungsphase, also nach Abgabe der Angebote, Dynamik und Flexibilität. In der Wertungsphase ist der wettbewerbliche Dialog wiederum ein eher starres Verfahren, in welchem lediglich Klarstellungen, Ergänzungen und Präzisierungen zu den Angeboten zulässig sind.⁶⁷⁶ Für diesen gilt vielmehr folgendes: *„...verhandelt wird jedoch nicht in der zum Zuschlag führenden Verfahrensstufe, sondern bei der Konzeptionierung des Auftrags“*.⁶⁷⁷

Somit ist auch bereits der Zweck der Verhandlungen beim wettbewerblichen Dialog vorweggenommen. Ziel und Zweck der Verhandlungen während der Dialogphase ist

⁶⁷³ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 302.

⁶⁷⁴ Vgl. dazu: Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 24; Uechtritz/Ottmig, Das „ÖPP – Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“, NVwZ 2005, 1108. Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP, ÖGZ 9/2005, 9, 15.

⁶⁷⁵ Zur Projektantenproblematik vgl. oben Punkt: II)E)3)b).

⁶⁷⁶ Siehe dazu die Ausführungen unter Punkt II)E)5).

⁶⁷⁷ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 303.

die Erstellung einer Leistungsbeschreibung, also die Determinierung des Auftragsgegenstandes. Anders verhält es sich beim Verhandlungsverfahren. Dort zielen die Verhandlungen, welche eine bereits konkretisierte Leistung zum Gegenstand haben, auf die unmittelbare Auftragsvergabe ab. Verhandelt wird nämlich nicht über den Auftragsgegenstand, sondern über dessen Bedingungen.⁶⁷⁸

Bestimmt der Zweck schon den Zeitpunkt der Verhandlungen, so legt er auch deren Gegenstand fest. Auch in Bezug auf den Gegenstand der Verhandlungen unterscheiden sich wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren rudimentär:

- Beim wettbewerblichen Dialog wird über Lösungskonzepte verhandelt, mit dem Ziel, ein oder mehrere den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers bestmöglich entsprechende Konzepte zu erhalten. Dabei hat der Auftraggeber die Möglichkeit, mehrere einzelne „Verhandlungsverfahren“ parallel führen, in welchen unterschiedliche Lösungsvorschläge erörtert und forciert werden.⁶⁷⁹ Für die spätere Angebotsphase hat dies zur Folge, dass die Angebote vielfältiger sind, da sie auf unterschiedlichen Lösungsvorschlägen, also auf unterschiedlichen Grundlagen basieren. Abgegrenzt wird der Verhandlungsspielraum lediglich durch die Anforderungen und Bedürfnisse des Auftraggebers. Verhandelbar sind somit alle Einzelheiten des Auftrags. Dies ergibt ein weites Feld an Verhandlungsmöglichkeiten, welche Erörterungen technischer, finanzieller und rechtlicher Aspekte des Auftrags zulassen. Auch sind Erweiterungen wie Reduktionen des Vorhabens möglich.⁶⁸⁰
- Im Verhandlungsverfahren werden hingegen Angebote auf Grundlage eines gleichen, gemeinsamen und vom Auftraggeber in der Ausschreibung vorgegebenen Lösungskonzepts verhandelt. Verhandelt wird dabei solange, bis die letzten offen gebliebenen Details des Auftragsinhalts und die Auftragsbedingungen konkretisiert wurden. Zulässig sind hier z.B.

⁶⁷⁸ Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216, 217. aA offenbar Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20, 24. Diese sehen sowohl im Verhandlungsverfahren als auch im wettbewerblichen Dialog ein Verhandeln über den Auftragsgegenstand.

⁶⁷⁹ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: Pünder/Prieß (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17; vgl dazu auch: Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP, ÖGZ 9/2005, 9, 15: „Der wettbewerbliche Dialog ist eigentlich ein Verhandlungsverfahren, in dem nicht über Angebote der Bieter, sondern im Verhandlungsweg Lösungsvorschläge der Bieter optimiert werden, die dann einem Angebotsverfahren unterzogen werden.“

⁶⁸⁰ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 303. Näheres zum Verhandlungsspielraum beim wettbewerblichen Dialog siehe oben Punkt II)E)3)e).

Preisverhandlungen (sofern nicht allein der Preis behandelt wird), der Leistungsumfang, die Qualität der Leistung, die Art der Leistungserbringung und ihre technische Ausführung, Verbesserungen der Leistung.⁶⁸¹

Der Verhandlungsspielraum ist somit beim wettbewerblichen Dialog größer als beim Verhandlungsverfahren. Da in beiden Verfahren gilt, dass letztlich nicht eine grundlegend andere Leistung beschafft werden darf, als zu Beginn des Verfahrens angekündigt, also eine grundsätzliche Identität zwischen Ausschreibungs- und Auftragsinhalt gefordert ist, stellt dies einen großen Vorteil des wettbewerblichen Dialoges dar.⁶⁸²

Aus dem größeren Verhandlungsspielraum folgt des Weiteren, dass im wettbewerblichen Dialog eine Optimierung der vom Auftraggeber nachgefragten und von den Bietern zu erbringenden Leistung besser möglich ist, als im Verhandlungsverfahren. Demnach dürfte der wettbewerbliche Dialog zu treffsichereren Ergebnissen führen als das Verhandlungsverfahren und ist dem Auftraggeber daher die Anwendung dieses Verfahrens bei komplexen Fragestellungen anzuraten.⁶⁸³ Das Vorverlegen der Verhandlungsphase in Form der Dialogphase trägt nämlich auch wesentlich zur Innovationsförderung und zur Effizienz- wie Wettbewerbssteigerung bei. Dies deshalb, da im wettbewerblichen Dialog der Wettbewerbsgedanke bereits bei der Auftragskonzeption zur vollen Entfaltung gelangt.⁶⁸⁴

Diese Vorverlegung der Verhandlungsphase beim wettbewerblichen Dialog gegenüber dem Verhandlungsverfahren wird in der Literatur aber auch als Nachteil jenes Vergabeverfahrens betrachtet. Dies deshalb, da man sich dadurch beim wettbewerblichen Dialog früher auf ein System festlegen müsse, kann doch nach Angebotsabgabe nicht mehr verhandelt werden. Die fehlende Verhandlungsmöglichkeit nach Angebotsabgabe ist zweifelsfrei ein gewichtiger

⁶⁸¹ Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Köln 2005, 151 ff.

⁶⁸² Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 302 f.

⁶⁸³ Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851, 855.

⁶⁸⁴ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298, 310 f.

Nachteil des wettbewerblichen Dialoges,⁶⁸⁵ daraus jedoch auf eine frühere Festlegung des Auftragsgegenstandes zu schließen, ist nicht zutreffend. Nach richtiger Ansicht wird nämlich beim Verhandlungsverfahren bereits mit der Leistungsbeschreibung ein Lösungskonzept ausgewählt, während dies beim wettbewerblichen Dialog auch nicht nach Abschluss der Dialogphase der Fall sein muss. Der Auftraggeber kann die Teilnehmer hier auffordern, Angebote einzureichen, welche auf unterschiedlichen Lösungskonzepten beruhen.⁶⁸⁶ Die Festlegung auf bzw. die Wahl eines Lösungskonzeptes kann auch erst mit der Zuschlagsentscheidung erfolgen.

Gerade aber der Umstand, dass sich das Verhandlungsverfahren schon im Frühstadium der Leistungsbeschreibung auf ein Lösungskonzept festlegt, bedingt, dass dem wettbewerblichen Dialog auf dem Gebiet der zumeist sehr komplexen PPP-Projekte der Vorzug gegenüber dem Verhandlungsverfahren zukommen wird. Denn nur im wettbewerblichen Dialog ist der für die Erarbeitung von optimalen Lösungskonzepten erforderliche intensive Kontakt zwischen dem Auftraggeber und Bietern möglich. Die Gefahr beim Verhandlungsverfahren einer vorzeitigen Festlegung des Auftraggebers auf ein allenfalls suboptimales Konzept wird damit vermieden.⁶⁸⁷

Die Bedeutung der Verfahrensgrundsätze für die Verfahren des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens ist schon zuvor angesprochen worden. Aufgrund der höheren Regelungsdichte des wettbewerblichen Dialoges sind diese in diesem Verfahren in einem höheren Maß gewährleistet als im Verhandlungsverfahren. Dies zeigt sich zunächst darin, dass sich in den Bestimmungen über den Ablauf des wettbewerblichen Dialoges eine nähere Ausgestaltung des Vertraulichkeits- und des Gleichbehandlungsgebots findet.⁶⁸⁸ Vor allem aus dem Verbot der Offenlegung der Verhandlungen mit einem Teilnehmer im wettbewerblichen Dialog folgt, dass dieses Verfahren einen höheren Vertraulichkeitsschutz aufweist als das Verhandlungsverfahren. In diesem ist nämlich

⁶⁸⁵ Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog, Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/ Public Private Partnership (PPP), 1492, 1495 f. Diese meinen plakativ: „Der Teufel steckt eben manchmal erst im Detail.“

⁶⁸⁶ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: Pünder/Prieß (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17.

⁶⁸⁷ So auch: Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum, 288, 290.

⁶⁸⁸ Vgl zu diesen oben unter Punkt II)E)3)f) und Punkt II)E)3)i)

kein mit Art 29 VKR bzw § 161 Abs BVergG 2006 vergleichbares Instrument gegeben.⁶⁸⁹ Auch das Gleichbehandlungsgebot erscheint beim wettbewerblichen Dialog eher gewährleistet, als beim Verhandlungsverfahren. Erfolgt nämlich eine in beiden Verfahrensarten mögliche Reduzierung der Teilnehmer durch Ausscheidung von Lösungskonzepten bzw. Angeboten im wettbewerblichen Dialog bereits in der Dialogphase aufgrund zumeist technischer Gesichtspunkte, besteht beim Verhandlungsverfahren aufgrund der Nähe zur Zuschlagsentscheidung die größere Gefahr, dass Angebote ausgeschieden werden, welche sich bei Weiterverfolgen von Verhandlungen als die Wirtschaftlichsten hätten herausstellen können.⁶⁹⁰ Auch in Bezug auf das Transparenz- und Wettbewerbsgebot weist der wettbewerbliche Dialog Vorzüge auf. Einerseits ist dieses Verfahren detaillierter geregelt, was zwangsläufig eine höhere Transparenz erzeugt und andererseits treten die Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog in einem frühen Stadium in einen unmittelbaren Wettbewerb um die besten Lösungskonzepte. Weiters kann aufgrund des größeren Wettbewerbs auch von einer größeren Distanz zwischen dem Auftraggeber und den Bietern ausgegangen werden, was wiederum der Gleichbehandlung der Teilnehmer dienlich ist.⁶⁹¹

Zuletzt ist nochmals auf das Politikziel der europäischen Gemeinschaft „Innovationsförderung“ zurückzukommen. Wie schon zuvor unter Punkt IV)B)4)b) angesprochen, kann auch die öffentliche Verwaltung als Auftraggeber zur Verwirklichung dieses Ziels einen kräftigen Beitrag leisten.⁶⁹² Innovation entsteht jedoch nur bei räumlicher und persönlicher Nähe. Dem stehen die Prinzipien des europäischen Vergaberechts prinzipiell entgegen, doch zeichnet sich nicht zuletzt durch die Einführung des wettbewerblichen Dialoges eine Trendwende ab. Der wettbewerbliche Dialog kann nämlich als Musterbeispiel für ein Vergabeverfahren gesehen werden, das eine räumliche und persönliche Nähe zwischen Auftraggebern und Bietern ermöglicht. Gerade von diesen wird ja aufgrund der besonderen

⁶⁸⁹ Holoubek, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: *Pünder/Prieß* (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007, 7, 17.

⁶⁹⁰ Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, *VergabeR* 2007, 298, 311 f.

⁶⁹¹ Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog, *Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/ Public Private Partnership (PPP)*, 1492, 1496. aA *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, *ZfBR* 2006, 20, 24.

⁶⁹² Näheres dazu: *Semlinger u.a.*, Von der innovativen Wertschöpfungskette zum Lead Market – Die öffentliche Hand als Innovationsnachfrager, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung 2005.

Komplexität des Vorhabens in der Dialogphase Kreativität und Innovationsgeist gefordert.⁶⁹³

Der Innovationsförderung im Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialoges könnte jedoch eines der größten Probleme im Ablauf dieses Verfahren entgegenstehen. Gemäß § 160 Abs 9 Z 5 BVergG 2006 hat der Auftraggeber spätestens in der Beschreibung der Leistung die Zuschlagskriterien bekannt zu geben. Da der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt die konkrete Beschaffenheit der zu vergebenden Leistung verfahrenstypisch nicht kennt, die Zuschlagskriterien aber eine Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen sollen, ist dies - wie schon unter Punkt II)E)3)d) behandelt – ein schwieriges Unterfangen. Es kommt noch hinzu, dass der Auftraggeber im wettbewerblichen Dialog mit Hilfe dieser Zuschlagskriterien in der Regel verschiedenartige Leistungen vergleichen muss, da diese auf verschiedenen Lösungskonzepten beruhen. Der Auftraggeber hat somit in der Dialogphase auf eine Vergleichbarkeit der Angebote hinzuarbeiten. Die Zuschlagskriterien kann er gemäß der Rechtsprechung des EuGH nämlich nicht mehr verändern, sondern nur durch Unterkriterien ergänzen.⁶⁹⁴ Gleichzeitig sollen jedoch der Kreativität und dem Innovationsgeist der Teilnehmer bei der Lösungsfindung keine Schranken gesetzt werden. Es kommt somit beim wettbewerblichen Dialog zu einem Spannungsverhältnis zwischen der Sicherstellung der Vergleichbarkeit der Angebote anhand der Zuschlagskriterien und der Förderung innovativer Lösungen während der Dialogphase.⁶⁹⁵ Diese gegenläufigen Anforderungen des Verfahrens unter einen Hut zu bringen, stellt eine der Hauptaufgaben des Auftraggebers bei der Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges dar.

Im Gegensatz dazu scheint im Verhandlungsverfahren für die Innovationsförderung weniger Raum zu sein. Der Auftraggeber hat den Auftragsgegenstand in der Leistungsbeschreibung abzugrenzen. Auch wenn die Bieter im Verhandlungsverfahren nicht strikt an die Ausschreibung gebunden sind, sind Änderungen gegenüber der ausgeschriebenen Leistung nur in engen Grenzen

⁶⁹³ *Boehme-Neßler*, Öffentliche Auftragsvergabe in Public-Private-Innovationsnetzwerken, DVBl 2006, 1257, 1262.

⁶⁹⁴ EuGH vom 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI/ACTV Venezia*.

⁶⁹⁵ *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 249, 252.

möglich. Einerseits ist die Identität des Beschaffungsgegenstandes zu wahren, andererseits sind auch die Grundsätze für Alternativ- und Abänderungsangebote als Maßstab heranzuziehen. Zudem ist auch beim Verhandlungsverfahren trotz der Regelung des § 105 Abs 1 BVergG der Spielraum für eine Änderung bzw. Konkretisierung der Zuschlagskriterien äußerst eng.⁶⁹⁶

Doch macht sich auch beim Verhandlungsverfahren die zuvor angesprochene Trendwende im europäischen Vergaberecht zu einer flexibleren Verfahrensgestaltung bemerkbar. Durch die VKR wurde die Zulässigkeit von funktionalen Ausschreibungen erweitert. In einer funktionalen Ausschreibung werden nämlich zwar die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers bestimmt, nicht aber die verlangte Leistung im Detail festgelegt. Dies soll dem Auftraggeber auch im Verhandlungsverfahren die Möglichkeit bieten, innovative Lösungen zu berücksichtigen.⁶⁹⁷ Dadurch wird allerdings die der Innovation förderliche persönliche Nähe zwischen Auftraggeber und den Bietern nicht ersetzt, weshalb im Ergebnis davon ausgegangen werden kann, dass mit dem wettbewerblichen Dialog tatsächlich die für den intendierten Zweck der Innovationsförderung am besten geeignete Verfahrensart geschaffen wurde.

⁶⁹⁶ Vgl oben Punkt III)B94)iii).

⁶⁹⁷ Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9, 15.

V) Zusammenfassung

In abschließender Zusammenfassung ergibt sich:

1.) Bei der Verfahrensart „wettbewerblicher Dialog“ handelt es sich um ein eigenständiges, neues Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Er ist kein Unterfall des Verhandlungsverfahrens und stellt auch keine spezielle oder besondere Form dieser Verfahrensart dar. Der wettbewerbliche Dialog ist auch nicht bloß ein Verfahren zur Ermittlung des Auftragsgegenstandes. Das Verfahren läuft in drei Phasen (Auswahl der Teilnehmer, Erörterungen und Bestimmung des Auftragsgegenstandes, Angebotlegung) ab.

2.) Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Besondere Auftragskomplexität liegt dann vor, wenn für den Auftraggeber ein Verfassen der Leistungsbeschreibung in technischer oder finanzieller bzw. rechtlicher Hinsicht objektiv unmöglich ist. Dabei kommt es zwar auf die konkreten Fähigkeiten des Auftraggebers an, doch ist bei der Beurteilung auf einen objektiven Dritten in der Situation des Auftraggebers abzustellen. Ob eine objektive Unmöglichkeit vorliegt, kann daher nicht im freien, sondern im gebundenen Ermessen des Auftraggebers liegen.

Ein besonders komplexer Auftrag ist demnach im Besonderen in folgenden Fällen denkbar:

- es handelt sich um einen neuartigen Auftrag;
- es ist für den Auftraggeber unmöglich, die Lösungsvarianten der Unternehmen abschätzen zu können;
- es ist für den Auftraggeber unmöglich, aus mehreren in Frage kommenden Lösungsvarianten, die für das intendierte Projekt am besten geeignete zu identifizieren;
- es ist ein Auftrag zu vergeben, welcher einen hohen Grad an Innovation erfordert.

3.) Um den schon von Gesetzes wegen knappen Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialoges nicht zweckwidrig einzuengen, sind an die Bemühungen

des Auftraggebers, eine abschließende und detaillierte Leistungsbeschreibung zu erstellen keine allzu großen Anforderungen zu stellen. So kann er insbesondere bei unverhältnismäßigem Kostenaufwand vom Beiziehen Sachverständiger absehen, ist es doch gerade der Zweck des wettbewerblichen Dialoges, das Fachwissen des Marktes in die Verhandlungen über den Auftragsgegenstand einfließen lassen zu können.

4.) Auch an die in der Bekanntmachung bzw. der Beschreibung anzugebenden „Bedürfnisse und Anforderungen“ des Auftraggebers sind keine hohen Erfordernisse geknüpft. So handelt es sich dabei nicht um ein Pendant zu den Ausschreibungsunterlagen der drei klassischen Vergabeverfahrensarten und besteht ihre Darstellung daher gerade nicht in einer genauen und detaillierten Beschreibung der Leistung.

5.) Im wettbewerblichen Dialog sind in sämtlichen Verfahrensabschnitten die Grundsätze der Gleichbehandlung der Teilnehmer, der Vertraulichkeit, des Wettbewerbs und der Transparenz zu beachten. Die beiden ersten Grundsätze erfahren im wettbewerblichen Dialog eine besonders strenge Ausgestaltung, auch die Gebote der Transparenz und des Wettbewerbs sind gegenüber dem Verhandlungsverfahren stärker ausgeprägt.

6.) Da die Gewährleistung der vertraulichen Behandlung von in die Dialoggespräche eingebrachtem Know-how der Teilnehmer durch den Auftraggeber von essentieller Bedeutung ist, darf eine Weitergabe diesbezüglicher Informationen nur bei ausdrücklicher und freiwilliger Zustimmung des jeweiligen Teilnehmers erfolgen. Diese Zustimmungserklärung darf daher weder als Bedingung für die Teilnahme am Dialog, noch für den weiteren Verbleib im Verfahren vom Auftraggeber gefordert werden. Dem Auftraggeber ist es daher nicht möglich, ohne Zustimmung der Teilnehmer die Rosinen herauszupicken, also aus den verschiedenen Lösungsvorschlägen der Teilnehmer eine gemeinsame Lösung zu basteln.

7.) Über die nach Beendigung der Dialogphase eingereichten Angebote kann nicht verhandelt werden. Der Bestimmung, dass „Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen“ zulässig sind, kann nicht entnommen

werden, dass eine Verhandlungsmöglichkeit besteht. Somit ist der wettbewerbliche Dialog in der Angebotsphase dem offenen Verfahren näher als das Verhandlungsverfahren, welches in dieser Phase am meisten Flexibilität aufweist. In Hinblick auf die gerade genannten Möglichkeiten ist allerdings dem wettbewerblichen Dialog gegenüber dem offenen und dem nicht offenen Verfahren ein größerer Gestaltungsspielraum zuzuschreiben.

8.) Der wettbewerbliche Dialog ist für die Vergabe von PPP-Projekten als geeignet anzusehen, doch kann nicht von einer obligatorischen Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges bei der Vergabe solcher Projekte ausgegangen werden. Es ist stets die besondere Komplexität des Auftrages zu prüfen.

9.) Bei PPP-Projekten mit Lebenszyklusansatz kann jedoch regelmäßig davon ausgegangen werden, dass diese einen Grad an Komplexität aufweisen, der die Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges eröffnet. Da jedes PPP-Projekt für sich zu betrachten ist und Eigenheiten aufweist, stehen der Vergabe von PPP-Projekten im Lebenszyklusansatz unter Heranziehung des wettbewerblichen Dialoges auch etwaige Standardisierungen gleichartiger Projekte nicht entgegen.

10.) In Bezug auf die Anwendungsvorschriften des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens ist weder eine Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens, noch eine Spezialität des wettbewerblichen Dialoges feststellbar. Auch stehen die Verfahren nicht in einem Aliudverhältnis. Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren stehen vielmehr gleichrangig nebeneinander.

11.) Bei der Vergabe besonders komplexer Aufträge ist allerdings ein Vorrang des wettbewerblichen Dialoges zu erkennen. Der Auftraggeber hat somit kein freies, sondern ein eingeschränktes Wahlrecht bei der Wahl der Verfahrensart. Am stärksten ist dieser leichte Vorrang des wettbewerblichen Dialoges bei der Vergabe von PPP-Projekten ersichtlich. Der Auftraggeber hat daher bei einer Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialoges bevorzugt auf diese Verfahrenart zu greifen. Eine Wahl des Verhandlungsverfahrens unterliegt in diesem Fall erhöhten Begründungserfordernissen.

12.) Der wettbewerbliche Dialog und das Verhandlungsverfahren sind als Ausnahmeverfahren ausgestaltet. Ihre Anwendungstatbestände sind restriktiv auszulegen und deren Vorliegen vom Auftraggeber zu begründen. Während der wettbewerbliche Dialog seine Anwendbarkeit generell und abstrakt durch zwei Tatbestandsmerkmale beschreibt, sind die Anwendungsvoraussetzungen des Verhandlungsverfahrens konkreter gefasst.

13.) Beiden Verfahrensarten ist gemein, dass das Kontakt- und Verhandlungsverbot, das für offenes und nicht offenes Verfahren kennzeichnend ist, in bestimmten Phasen des Verfahrens nicht gegeben ist. Während jedoch im wettbewerblichen Dialog vor Angebotsabgabe über den Auftragsgegenstand verhandelt werden kann, ist dies im Verhandlungsverfahren in engerem Ausmaß erst danach statthaft. Darin liegt der bedeutendste Unterschied dieser Vergabeverfahren. Das Gebot der Identität von Ausschreibungs- und Auftragsinhalt beeinträchtigt die Flexibilität des Verhandlungsverfahrens in einem höheren Ausmaß als jene des wettbewerblichen Dialoges, da die Beschreibung der Leistung im Verhandlungsverfahren den Auftragsgegenstand detaillierter definiert, als die Angabe der Bedürfnisse und Anforderungen an die Leistung im wettbewerblichen Dialog.

14.) Da somit im wettbewerblichen Dialog in einer früheren Phase des Verfahrens ein umfassenderer Verhandlungsspielraum eröffnet wird, ist er als das flexiblere Verfahren zu betrachten und für die Vergabe komplexer Aufträge somit geeigneter als das Verhandlungsverfahren.

VI) Das Literaturverzeichnis

Arlt, Die Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinien in Deutschland, VergabeR 2007, 280

Aicher, Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP?, ÖGZ 9/2005, 9

Bachmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Salzburg 2006

Barbist/Gassner, EU-Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften, ecolex 2004, 657.

Berghammer, Die neue klassische EG-Vergaberichtlinie und ihre Auswirkungen auf das österreichische Bundesvergabegesetz, Wien 2005

Bischof/Stoye, Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK-Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets. MMR 2006, 138

Braun, Neue Tendenzen im europäischen Vergaberecht, NZBau 2002, 2

Brockhaus, Deutsches Wörterbuch, Band 29, Leipzig-Mannheim 1999

Burbulla, Die Ausschreibung von ÖPP-Projekten, NJOZ, 211

Byok, Das Verhandlungsverfahren, Köln 2006

Byok, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2006, NJW 2008, 559

Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002, 297.

Dreher, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 246.

Drömann, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle, NZBau 2007, 751

Duden, Großes Fremdwörterbuch⁹, Mannheim-Leipzig

Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Köln 2005

Franzius, Verhandlungen im Verfahren der Auftragsvergabe, Köln 2007

Freise, Das österreichische Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen 2006 – Neue Anregungen für die Weiterentwicklung des deutschen Vergaberechts, NZBau 2007, 343

Fruhmman, Berücksichtigung von Umweltbelangen, ZVB 2001, 26

Fruhmman/Mayr, Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92.

Fruhmman/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner (Hrsg), Bundesvergabegesetz, 13.

Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich, Innsbruck 2006

Gerscha/Huber-Matauschek/Pesendorfer, Kommentar Vergaberecht,
Loseblattsammlung, Wien, Stand: Jänner 2008

Gölles, Preisangemessenheit bei öffentlichen Aufträgen, wbl 2000, 398.

Gölles, Umwelt- und sozialfreundliche Tendenzen bei der öffentlichen Beschaffung, RPA 2002, 76

Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht, Wien/Graz 2005

Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht², Wien 2005

Heiermann, Der Wettbewerbliche Dialog, ZfBR 2005, 766

Hofmann, Österreichisches Vergaberecht und europäische Vorgaben – vom Sekundär zum Primärrechtsschutz, Diss Graz, 2006

Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht, Wien 2005

Jaeger, Public Private partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6

Kandlhofer/Seyfried (Hrsg), Interne Revision und Vergaberecht, Wien 2008

Karass, Vergaberecht und PPP aus europäischer Sicht, *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP II, Wien 2005, 229.

Kaufmann/Schnabl, Vergaberecht in der Praxis, Graz 2006

Katary, Die Beschaffung künstlerischer Leistungen nach dem Bundesvergabegesetz 2006, RPA 2006, 189

Kennedy-Loest, What can be done at the preferred bidder stage in Competitive Dialogue?, P.P.L.R. 2006, 318

Knauff, Die Reform des europäischen Vergaberechts, EuZW 2004, 141

Knauff, Neues europäisches Vergaberecht: Der Wettbewerbliche Dialog, VergabeR, 2004, 287

Knauff, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, NZBau 2005, 249

Kolpatzik, "Berater als Bieter" vs. "Bieter als Berater" – „Projektanten“ und „wettbewerblicher Dialog“ als Instrumente zur Einführung externen Know-hows in die Vorbereitung und Durchführung einer formellen Auftragsvergabe, VergabeR 2007, 279

Korinek/Rill (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts, Wien 1985

Kramer, Gleichbehandlung im Verhandlungsverfahren nach VOL/A, NZBau 2005, 138

Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BvergG 2006, ZVB 2006, 31

Kropik, Die Beschreibung von Bauleistungen, konstruktiv vs. Funktional, ZVB 2006, 84

Kullack/Terner, EU-Legislativpaket: Die neue „klassische“ Vergabekoordinierungsrichtlinie – 2.Teil, ZfBR 2004, 346.

Kus, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, VergabeR 2006, 851

Leinemann/Maibaum, Die neue europäische einheitliche Vergabekoordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge – ein Optionsmodell, VergabeR 2004, 275

Lensdorf, Die Vergabe von öffentlichen IT- und Outsourcing-Projekten, CR 2006, 138

Lessiak, Wettbewerblicher Dialog, Skriptum Jahresforum 2006

Müller/Brauser-Jung, Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht – Ein Beitrag zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen, NVwZ 2007, 884

Müller/Veil, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, 298

Müller-Wrede/Lux, Die Behandlung von Projektanten im Vergabeverfahren, ZfBR 2006, 327

Müller-Wrede, Vor- und Nachteile von PPP-Projekten, in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV, Wien 2007, 169

Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Wien 1997

Ollmann/Kronberg, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, VergabeR 2005, 685

Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, 451

Pachner, Umweltkriterien als zulässige Zuschlagskriterien, ZVB 2002, 106

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³, Köln 2005

Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, 20

Pünder/Prieß (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch, Köln 2007.

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht², Wien 2003

Raschauer (Hrsg.), Österreichisches Wirtschaftsrecht, Wien 2003

Ruhland/Burgi, Das Grünbuch der EG-Kommission zu öffentlich privaten Partnerschaften (ÖPP) und die Vergaberechtsreform, VergabeR 2005, 1

Rummel (Hrsg), Kommentar ABGB³, Wien 2000

Sachs/Hahn, Das neue Bundesvergaberecht 2006, Wien 2006

Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBI 2006, 1492

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz-Kommentar, Wien 2005

Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP III, Wien 2006

Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis, NZBau 2007, 216

Schwartz, PPP und Vergaberecht, ecolex 2005, 14

Semlinger u.a., Von der innovativen Wertschöpfungskette zum Lead Market – Die öffentliche Hand als Innovationsnachfrager, Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung 2005

Steiner/Windisch, Einführung in das Vergaberecht, Wien 2004

Sturm, Die funktionale Ausschreibung nach dem BVergG 2002, ZVB 2002, 336

Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764

Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NVWBI 2005, 1

Trautner, Wettbewerblicher Dialog: Chancen und Risiken für Contracting-Aufträge, CuR 2006, 88, 91 f.

Treumer, The Field of Application of Competitive Dialogue, P.P.L.R. 2006, 307

Uechtritz/Ottig, Das “ÖPP – Beschleunigungsgesetz”: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“, NVwZ 2005, 1105

Verschuur, Competitive Dialogue and the Scope for Discussing after Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder – What is Fine Tuning, etc.?, P.P.L.R. 2006, 330

Wagner/Bauer, Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz – Neue Regelungen (auch) für Öffentlich-Private Partnerschaften, BWGZ 2005, 944

Werner/Freitag, „Wettbewerblicher Dialog“ – Vorschlag für eine neue Art des Verhandlungsverfahrens, NZBau 2000, 551

VII) Das Judikaturverzeichnis

EuGH vom 10.02.1982, Rs 76/81, *SA Transporoute*

EuGH vom 22.09.1988, Rs 45/87, *Dundalk*

EuGH vom 20.03.1990, Rs 21/88, *Du Pont de Nemours*

EuGH vom 22.06.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*

EuGH vom 03.06.1992, Rs C-360/89, *Kommission/Italien*

EuGH vom 18.03.1992, Rs C-21/91, *Kommission/Spanien*

EuGH vom 02.08.1993, Rs C-107/92: *Kommission/Italien*

EuGH vom 28.03.1995 Rs C-324/93, *The Queen/Secretary of Home Department*

EuGH vom 18.05.1995, Rs C-57/94, *Kommission/Italien*

EuGH vom 28.03.1996, Rs -318/94, *Kommission/Deutschland*

EuGH vom 05.10.2000, Rs C-16/98, *Kommission/Frankreich*

EuGH vom 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel*

EuGH vom 07.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*

EuGH vom 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus*

EuGH vom 18.10.2001, Rs C-19/00, *SIAC*

EuGH vom 10.04.2003, Rs C-20/01 und Rs C-28/01, *Kommission/Deutschland*

EuGH vom 04.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*

EuGH vom 03.03.2005, Rs C-21/03 und Rs C-34/03, *Fabricom*

EuGH vom 13.01.2005 Rs C-84/03, *Kommission/ Spanien*

EuGH vom 13.10.2003, Rs C-458/03, *Parkring Brixen*

EuGH vom 21.07.2005, Rs C-231/03, *Coname*

EuGH vom 24.11.2005, Rs C-331/04, *ATI/ACTV Venezia*

Schlussanträge:

SA von GA Alber vom 18.03.1999, Rs C-108/98, *RI.SAN. Srl/Comune di Ischia*

SA von GA *Stix-Hackl* vom 25.11.2003, Rs C-222/02, *Paul*

VIII) Das Dokumentenverzeichnis

A) Europäische und völkerrechtliche Rechtsgrundlagen

1) Verträge

WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.04.1994, ABI 1994 L 336/273 [deutsche Version: ABI 1996 C 265/2].

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung), ABI vom 24.12.2002, C 325/33 (http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_DE.pdf)

2) Verordnungen

Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 7. September 2005 *„zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates“*, ABI vom 01.10. 2005, L 257/1

Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 *„zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren“*

3) Richtlinien

Richtlinie 70/32/EWG der Kommission vom 17. Dezember 1969 über die Lieferung von Waren an den Staat, seine Gebietskörperschaften und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen

Baufaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden)

Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge

Richtlinie 71/305/EWG vom 26.07.1971 über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge.

Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (Liefer-Richtlinie – LKR, ABI L199 vom 9.8.1993)

Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Bau-Richtlinie – BKR, ABI L 199 vom 8.9.1993).

Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungs-Richtlinie – DLR, ABI L 209 vom 24.7.1992).

Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektoren Richtlinie – SR, ABI L 199 vom 9.8.1993)

Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (Rechtsmittel-Richtlinie – RMR, ABI L 395 vom 30.12.1989)

Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich

der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Rechtsmittel-Richtlinie Sektoren – RMRS, ABI L 76 vom 23.3.1992)

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABI L 134 vom 30.04.2004).

Richtlinie 2004/17/EG des Europäische Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABI L 134 vom 30.04.2004).

B) Nationale Rechtgrundlagen

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz – BVergG), BGBl 1993/462

Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz und das Ausländerbeschäftigungsgesetz 1975 geändert werden, BGBl I 1996/776

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997 – BVergG 1997)), BGBl I 1997/56

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002 – BVergG 2002) BGBl I 2002/99

Änderung des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006, BGBl I 2007/86

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 2006/17

Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 - Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl II Nr 300/2006.

Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften, dBGBl I, 2676/2005.

C) Erläuterungen und sonstige Materialien

1) Erläuterungen

„Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie“ der Europäische Kommission vom 05.10.2005, 1 (Dok. CC/2005/04_rev1: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_de.pdf)

Begründung des *„Vorschlags für eine Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“* vom 30.08.2000, KOM (2000) 275, endg./2

Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage zum BVergG 2006, 1171 BlgNR XXII GP 44

2) Richtlinienvorschläge

„Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ vom 11.07.2000, ABl vom 30.01.2001, 2001/C 531 E /02

Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, ABl. Vom 27.08.2002, 2002/C 203 E /31

Mitteilung des Rates, *„Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003 vom Rat festgelegt am 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2003/. . ./EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom . . . über die Koordinierung der*

Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“, ABl vom 24.06.2003, 2003/C 147 E/01.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM (2006) 195 endg

3) Stellungnahmen

Bericht des Verfassungsausschusses über die Regierungsvorlage (1171 der Beilagen): Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), 1245 BlgNR XXII GP

Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch „ÖPP“, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/stellungnahme-der-regierung-der-bundesrepublik-deutschland-zu-dem-gruenbuch,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>)

Republik Österreich, Stellungnahme zum Grünbuch „ÖPP“, BKA-671.801/0051-V/A/8/2004, abrufbar unter: http://www.bka.gv.at/2004/9/6/stellungnahme_gruenbuch.pdf)

Europäischer Rat (Lissabon) vom 23. und 24.03.2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, abrufbar unter: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00100-r1.d0.htm

Erklärungen von Rat und Kommission zu Art 7 Abs 4 BKR bzw. zu Art 20 SKR, ABl vom 30.4.1994, L 111/114

Bericht vom 29.10.2001 *„über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge - Ausschuss für Recht und Binnenmarkt“*, AG-0378/2001 endg

Empfehlung vom 19.06.2003 *„für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge“*, A5-0242/2003 endg.

4) Mitteilungen

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu *„öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen.“*, KOM (2005) 569 endg.

Mitteilung der Kommission *„Innovationspolitik: Anpassung des Ansatzes der Union im Rahmen der Lissabon-Strategie“*, KOM (2003) 112 endg.

Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11.03.1998, *„Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union“*, KOM (1998) 143 endg, 6.

5) Grünbücher

Grünbuch der Europäischen Kommission, *„Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“*, KOM (96) 583 endg vom 27.11.1996, abrufbar unter: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_de.pdf

Grünbuch der Europäischen Kommission, *„zu Öffentlich-Privaten-Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen“*, KOM (2004) 327 endg vom 30.04.2004, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:DE:PDF>

IX) Anhang

A) Abstract (Deutsch)

Die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, umgesetzt im Bundesvergabegesetz 2006, hat die Vereinfachung, Modernisierung und Flexibilisierung des europäischen Vergaberechts als Zielsetzung. Vereinfachung und Flexibilisierung soll durch die Einführung einer eigenständigen Vergabeverfahrensart „wettbewerblicher Dialog“ erreicht werden, welche dem Auftraggeber einer besonders komplexen Leistung erstmals die Möglichkeit bietet, Verhandlungen über den Auftragsgegenstand mit den Teilnehmern am Vergabeverfahren vor Abgabe der Angebote durchzuführen.

Dies steht in Gegensatz zu den starr ausgestalteten offenen und nicht offenen Verfahren, welche durch ein absolutes Verhandlungsverbot gekennzeichnet sind. Demgegenüber ist beim Verhandlungsverfahren eine Verhandlungsmöglichkeit, allerdings erst nach Abgabe der Angebote, zulässig. Der wettbewerbliche Dialog ist somit als Reaktion auf die Unzulänglichkeit dieser klassischen Vergabeverfahren für der Vergabe besonders komplexer Aufträge zu betrachten.

Nach einer Einführung in das europäische und österreichische Vergaberecht beschäftigt sich der Hauptteil dieser Arbeit detailliert mit der Entstehungsgeschichte des wettbewerblichen Dialoges, seinem Anwendungsbereich sowie dem Verfahrensablauf, wobei besonderes Augenmerk auf die Beschreibung der besonderen Auftragskomplexität und die spezielle Ausgestaltung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze der Vertraulichkeit, Transparenz sowie des Wettbewerbs gelegt wird. Speziell für die Vergabe von Öffentlich Privaten Partnerschaften als besonders komplexe Auftragsvergaben eingeführt, wird diesem Anwendungsfeld des wettbewerblichen Dialoges großer Raum gewidmet.

Da vor Einführung des wettbewerblichen Dialoges meist das Verhandlungsverfahren bei der Vergabe von Öffentlich Privaten Partnerschaften angewendet wurde und dem wettbewerblichen Dialog in Ablauf, Anwendungsbereich und Verhandlungsmöglichkeiten am ähnlichsten ausgestaltet erscheint, bildet ein

umfassender Vergleich dieser Verfahrensarten den Abschluss. Dabei zeigt sich als bedeutendster Unterschied, dass im wettbewerblichen Dialog vor Angebotsabgabe über den Auftragsgegenstand verhandelt werden kann, während dies im Verhandlungsverfahren erst danach und zudem in engerem Ausmaß statthaft ist. Dies führt zu einer höheren Flexibilität des wettbewerblichen Dialoges, dessen Anwendung bei der Vergabe von komplexen Aufträgen somit vorzuziehen ist, auch wenn die fehlende Verhandlungsmöglichkeit nach Abgabe der Angebote einen gewissen Nachteil mit sich bringt. Schließlich führt auch eine rechtstechnische und historische Analyse der Anwendungsvorschriften der beiden Vergabeverfahren zu einer Vorrangstellung des wettbewerblichen Dialoges, - obwohl weder eine Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens, noch eine Spezialität des wettbewerblichen Dialoges gegeben ist, - da dieser dem wirtschaftspolitischen Ziel der Innovationsförderung besser gerecht wird.

B) Abstract (English)

“Competitive Dialogue and Negotiated Procedure”

The Public Sector Directive 2004/18/EC, implemented by the Federal Procurement Act of 2006, targets the simplification, modernisation and an improvement in flexibility of the European Procurement Law. Simplification and improvement in flexibility shall be achieved by the adoption of the independent procedure “competitive dialogue”, which, for the first time, provides the contracting authority, tendering a particularly complex contract, with the opportunity of negotiations on the subject of the contract even before the participants of the procedure submit their final tenders.

On the contrary, the open as well as the restricted procedure are stiffly shaped and characterized by a strict prohibition of negotiations. The negotiated procedure, on the other hand, provides for negotiations, but not until tenders are submitted. Thus, competitive dialogue must be treated as a reaction to the inadequacy of those, classic procedures for tendering a particularly complex contract.

After an introduction in the European and Austrian Procurement Law, the body of the dissertation deals with the origins of competitive dialogue, its field of application and the procedure itself, in detail. Special attention is given to an analysis of the particularly complex contract as well as to the particular embodiment of the general principals of procurement procedure: confidentiality, transparency and competition. A separate chapter is dedicated to the application of competitive dialogue for Public Private Partnerships, as it was specifically adopted for the tendering of those projects.

Since negotiated procedure was often applied for tendering Public Private Partnerships until competitive dialog has been adopted and since that procedure is most similar to competitive dialogue regarding field of application and opportunity to negotiate the contract, a comprehensive comparison of those procedures constitutes the end of the dissertation. This comparison reveals that due to permissible negotiations, greater in extend and at an earlier point of time, competitive dialogue shows more flexibility than the negotiated procedure, notwithstanding the missing

opportunity to negotiate after submission of tenders. In addition, an interpretation of the rules of application leads to a primacy of competitive dialogue when tendering particularly complex contracts – although neither a subsidiarity of the negotiated procedure nor a speciality of competitive dialogue is given – as it comes up better to the economic-political goal of promotion of innovation.

C) Lebenslauf

Persönliche Daten:

Name:	Mag. Gerald Trieb
Geboren am:	30. Juni 1983 in Wien
Adresse:	1130 Wien, Anton Langer Gasse 58/8
Telefonnummer:	0664 / 127 78 28
E-mail:	gerald.trieb@gmx.at
Nationalität:	Österreich

Bildungsweg:

09/1989 – 06/1993:	Volksschule Speising
09/1993 – 01/1998:	Gymnasium der DominikanerInnen
02/1998 – 06/2001:	Gymnasium Kollegium Kalksburg
10/2001 – 05/2002:	Grundwehrdienst
03/2002 – 10/2006:	Studium der Rechtswissenschaften
12/2006 – 04/2007:	Gerichtspraxis am Bezirksgericht Hietzing
03/2008 – 06/2008:	Gerichtspraxis am Handelsgericht Wien

Ergänzungen:

WS 2006/07:	Legal English Course am Sprachenzentrum der Universität Wien
06/2007	European Business Competence Licence, Level A

Berufserfahrung:

09/2003 – 02/2006:	Juristischer Mitarbeiter in der Rechtsanwaltskanzlei Mag. Dr. Peter Hombauer in 1030 Wien.
--------------------	--

Sprachkenntnisse:

Deutsch:	Muttersprache
Englisch:	Fließend in Wort und Schrift
Italienisch:	Grundkenntnisse