

# Der Wettbewerbliche Dialog

Ralf P. Schenke\*

## A. Einführung in die Thematik

Nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Verwaltungspraxis hat ihre Methodemen. Wenn man nach einem Thema sucht, das Praxis wie Wissenschaft in den vergangenen Jahren gleichermaßen geprägt hat, so fällt die Auswahl nicht schwer. Ohne Zweifel lautet dies Public Private Partnership (PPP) oder zu Deutsch besser Öffentlich Private Partnerschaft (ÖPP).<sup>1</sup> Im Einklang mit der mittlerweile fest etablierten Definition der Beratergruppe PPP im öffentlichen Hochbau soll auch im Folgenden unter PPP „die langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ verstanden werden, bei der „die erforderlichen Ressourcen in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden“<sup>2</sup>.

Dass die PPP in Deutschland auf so fruchtbaren Boden gefallen ist, hat eine Reihe von Gründen. So verbindet sich aus Sicht der Politik und der Verwaltungsführung mit der PPP die Erwartung, den hohen Stand der öffentlichen Infrastruktur trotz chronisch knapper Kassen zumindest aufrechterhalten oder sogar noch verbessern zu können. Aus Sicht der Verwaltungswissenschaft ist das Thema attraktiv, weil die PPP mit der Ökonomisierung<sup>3</sup>- und der Privatisierungsthematik<sup>4</sup> an zwei zentrale Leitmotive des verwaltungswissenschaftlichen Diskurses der vergangenen Jahre anschließt, die nach angelsächsischem Vorbild aus der grauen Theorie nunmehr in die Praxis umgesetzt werden sollen<sup>5</sup>.

\* Das Vortragsmanuskript wurde lediglich um Fußnoten ergänzt, die Vortragsform aber bewusst beibehalten. Frau stud. jur. *Rhea Schuster* danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 Vgl. etwa *Tettinger*, Public Private Partnership, NWVBl. 2005, S. 1 ff.; *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership als Verfahren, NZBau 2005, S. 665 ff.; *Hermes/Michel*, Die Nutzung privaten Innovationspotentials bei privatfinanzierten öffentlichen Projekten, Die Verwaltung 38 (2005), S. 177 ff.; *Stehlin/Gebhardt*, Public Private Partnership, VBIBW 2005, S. 90 ff.; *Schenke/Gebhardt*, Steuerrechtliche Probleme der Public-Private-Partnership (PPP), DStZ 2005, S. 213 ff.

2 *Bundesministerium für Verkehr Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. I, 2003, S. 2 f.

3 Vgl. etwa *Voßkuhle*, „Ökonomisierung“ des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 34 (2001), S. 347 ff.; *Groß*, Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechts, Die Verwaltung 34 (2001), S. 371 ff.

4 Vgl. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001.

5 Siehe auch *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte, 2006, S. 11.

Ob aus einem Modethema auch eine Erfolgsgeschichte wird, stellt sich aber letztlich erst auf dem mitunter steinigen Weg seiner praktischen Bewährung heraus. Hier waren und sind bei der PPP eine ganze Reihe rechtlicher Stolpersteine zu überwinden.<sup>6</sup>

Um diese auszuräumen, wurden seitens der Politik beträchtliche Anstrengungen unternommen. Auf der administrativen Ebene ist insbesondere die Einrichtung der PPP-Task Forces<sup>7</sup> zu nennen, die nicht zuletzt die Aufgabe haben, die kommunale Ebene bei der Umsetzung von PPP-Vorhaben zu unterstützen und zu beraten.<sup>8</sup> Auch der Bundesgesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz)<sup>9</sup> den Versuch unternommen, die rechtlichen Rahmenbedingungen der PPP zu verbessern<sup>10</sup>. Bestandteil des im September 2005 in Kraft getretenen Artikelgesetzes ist unter anderem eine Reform des Vergaberechts. Diese hat in Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VergabeRL)<sup>11</sup> den Kanon der bisherigen Vergabearten um die neue Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs erweitert<sup>12</sup>, die speziell auf die PPP-Problematik zugeschnitten ist.

Wenn man rund zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes eine erste vorsichtige Zwischenbilanz zieht, so ist der Wettbewerbliche Dialog in der Vergabepaxis zunächst sehr zögerlich aufgenommen worden. Einen relativ sicheren Aufschluss ermöglicht die bei der Europäischen Kommission geführte Datenbank TED, die alle aus-

6 Vgl. nur *Bundesministerium für Verkehr Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Hochbau* (Fn. 2), Bd. I - III.

7 Vgl. *Drömann/Finke*, PPP-Vergaben und Kompetenzzentren, NZBau 2006, S. 79 ff.

8 Mittelfristig abgelöst werden sollen die PPP-Task Forces durch die Partnerschaften Deutschland, bei der es sich um eine ÖPP-Beratungsgesellschaft des Bundes und der Länder in Form einer ÖPP handeln soll (<<http://www.partnerschaftendeutschland.de/>>).

9 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. 9. 2005, BGBl I S. 2676.

10 Vgl. *Uechtritz/Otting*, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“, NVwZ 2005, S. 1105 ff.; *Fleckenstein*, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl. 2006, S. 75 ff.; siehe auch *Ruhland/Burgj*, Das Grünbuch der EG-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP) und die Vergaberechtsreform, VergabeR 2005, S. 1 ff.

11 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. EG Nr. 134 v. 30. 4. 2004, S. 114 ff.)

12 Aus der umfangreichen Literatur etwa *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, S. 20 ff.; *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, S. 298 ff.; *Drömann*, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen, NZBau 2007, S. 751 ff.; *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog?, VergabeR 2006, S. 451 ff.; *Knauff*, Neues europäisches Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, S. 287 ff.; *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, S. 249 ff.; *Ruthig*, Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber - Teil I, NZBau 2006, S. 137 ff.; *ders.*, Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber - Teil II, NZBau 2006, S. 208 ff.

schreibungspflichtigen Vergaben erfasst. Demnach sind seit dem 1. 4. 2006 europaweit gerade einmal 87 Vergabeverfahren in der Vergabeart des Wettbewerblichen Dialogs ausgeschrieben worden, was auf einen Prozentanteil von 0,11 % hinausläuft.

0,11% ist eine relativ ernüchternde Zahl. Darzulegen, dass sich eine Beschäftigung mit dem Thema Wettbewerblicher Dialog aber sehr wohl lohnt und dass die Verfahrensart in Zukunft eine weit größere Bedeutung gewinnen wird, ist das primäre Ziel meines Vortrages.

Gegliedert habe ich diesen in fünf Abschnitte: So werde ich nach dieser Einleitung im zweiten Teil darlegen, welche Friktionen zwischen dem Vergaberecht und der PPP bestehen und wie diese vor Einführung des Wettbewerblichen Dialogs gelöst wurden (dazu B.).

Im dritten Teil sollen der Anwendungsbereich und der Verfahrensablauf des Wettbewerblichen Dialogs näher skizziert werden (dazu C.). Im vierten Teil werde ich auf das Verhältnis der neuen Vergabeart zu den anderen Vergabearten eingehen (dazu D.), um dann im fünften abschließenden Teil zu den Perspektiven und der Bewertung dieser Verfahrensart Stellung zu nehmen (dazu E.).

#### B. Bedeutung des Vergaberechts innerhalb des PPP-Beschaffungsprozesses

Wie in dem Vortrag meines Vorredners schon angeklungen ist, erweist sich das Vergaberecht im PPP-Beschaffungsprozess als eine besonders heikle Materie. Um zu verstehen, warum dies so ist, möchte ich skizzenhaft noch einmal die Grundphilosophie der PPP mit der *ratio legis* des europäischen Vergaberechts kontrastieren.

Die Grundidee der PPP besteht bekanntermaßen in einem Konzept, das eine gewisse Verwandtschaft zum Outsourcing aufweist. Praktiziert wird die Strategie des Outsourcings in der Privatwirtschaft schon seit rund dreißig Jahren.

Ziel des Outsourcings ist ein Rückzug auf die eigentlichen Kernaufgaben und Kernkompetenzen eines Unternehmens. Dazu werden unterstützende Hilfeleistungen, zumal im Bereich der Infrastrukturverwaltung, durch externe Partner erbracht, die über Kostenvorteile und ein überlegenes Know-how verfügen.<sup>13</sup>

Dass der Erfolg eines Outsourcings von einer sorgfältigen Auswahl des Partners abhängt und auch durch die Möglichkeit bedingt ist, gegebenenfalls flexibel auf neue Problemstellungen und Bedarfe reagieren zu können, versteht sich weitgehend von selbst.

13 *Hermes/Schwarz*, Outsourcing - Chancen und Risiken, Erfolgsfaktoren, rechtssichere Umsetzung, 2005, S. 21 f.

Im Unterschied zur Privatwirtschaft ist die Öffentliche Hand beim Outsourcing aber in ein vergleichsweise enges rechtliches Korsett eingeschnürt. Wenn die Verwaltung mit Privaten im Rahmen der PPP kooperiert, handelt es sich aus Sicht des europäisierten Vergaberechts regelmäßig um einen aus-schreibepflichtigen Vorgang<sup>14</sup>, bei der sich schnell eine Bruchlinie zwischen der Grundphilosophie des Vergaberechts und der PPP abzeichnet<sup>15</sup>:

Denn am besten umsetzen lassen sich die das Vergabeverfahren bestimmenden Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz in einem Vergabeverfahren, in dem die zu vergebende Leistung auf Basis eines Leistungsverzeichnisses nach Losen so exakt und präzise beschrieben ist, dass sich die Rolle der Bieter im Vergabeverfahren auf die bloße Abgabe eines Gebots beschränken kann.

Eine derartige inputorientierte Auftragsbeschreibung kommt bei PPP-Vorhaben aber regelmäßig nicht in Betracht: Denn die vorzugswürdige Problemlösung ist dem Auftraggeber ja im Detail noch gar nicht bekannt und muss im Rahmen des PPP-Beschaffungsprozesses erst noch ermittelt werden. Zudem widerspricht eine Vergabe nach Losen dem PPP-Lebenszyklusansatz.<sup>16</sup> An die Stelle der inputorientierten Leistungsbeschreibung hat daher für die PPP eine offene, funktionale Beschreibung zu treten.

Scheidet ein offenes Verfahren folglich als Vergabeart aus, sind PPP-Vorhaben bislang ganz überwiegend im so genannten Verhandlungsverfahren ausgeschrieben worden.<sup>17</sup> Im Unterschied zum offenen und nicht offenen Verfahren besteht im Verhandlungsverfahren kein Kontaktaufnahmeverbot, so dass zwischen Besteller und Bieter sowohl über Gegenstand wie Preis verhandelt werden kann.

Das Verhandlungsverfahren ermöglicht es zwar, die Grundphilosophie der PPP zu verwirklichen, als unerwünschte Nebenfolge droht dann aber das freie Aushandeln der Leistung und des Preises zu Lasten der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter zu gehen.

Folglich wird durch das Verhandlungsverfahren das Spannungsfeld zwischen der Wettbewerbsgleichheit und Transparenz des Vergabeverfahrens einerseits und der Eigenlogik der PPP andererseits zu Lasten der Grundprinzipien des Vergaberechts verschoben. Angesichts der zunehmenden Bedeutung der PPP für die Infrastrukturverwaltung ist es daher einsichtig, dass die Kommission hier Handlungsbedarf sah<sup>18</sup>.

14 Vgl. etwa *Jaeger*, Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, S. 6 (7 ff.); PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW, PPP im Hochbau - Vergaberechtsleitfaden, 2007, S. 14 ff.; *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte (Fn. 5), S. 43 ff.

15 *Schenke/Klimpel*, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog, DVBl. 2006, S. 1492 ff.

16 *Bundesministerium für Verkehr Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), Hochbau (Fn. 2), Bd. I, S. 4 f.

17 *Schenke/Klimpel*, DVBl. 2006, S. 1492 (1493 f.).

18 Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch zur öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, S. 10.

Ihre Antwort auf die geschilderte Problemlage hat sie mit der Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs gegeben.

### C. Der Wettbewerbliche Dialog als „Dritter Weg“ zwischen offenem und Verhandlungsverfahren

Erste Vorarbeiten reichen bereits in das Jahr 1996 zurück<sup>19</sup>, praktisch umgesetzt worden sind diese aber erst im Zuge der neuen VergabeRL von 2004<sup>20</sup>. In dieser wurde die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs in das Ermessen des nationalen Gesetzgebers gestellt, wovon Deutschland dann durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz<sup>21</sup> Gebrauch gemacht hat.

Grundgedanke des Wettbewerblichen Dialogs ist es, Elemente des flexiblen Verhandlungsverfahrens mit dem klassischen, streng formalisierten Vergabeverfahren zu kombinieren.<sup>22</sup> Damit stellt sich das Vergabeverfahren quasi als ein Dritter Weg zwischen offenem Verfahren und dem Verhandlungsverfahren dar.

Um den Wettbewerblichen Dialog vorzustellen, werde ich zunächst seinen Anwendungsbereich erläutern und dann im Anschluss auf seine verschiedenen Verfahrensstufen eingehen.

#### I. ANWENDUNGSBEREICH

Gem. § 101 Abs. 6 GWB ist der Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs in persönlicher Hinsicht auf staatliche Auftraggeber beschränkt. Was unter dem staatlichen Auftraggeber zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher ausgeführt und ist daher in der Literatur umstritten. Vor allem die Entstehungsgeschichte der Norm, aber auch die systematische Interpretation sprechen entscheidend dafür, die Verfahrensart nur für öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 bis 3 GWB zu eröffnen, sodass der Wettbewerbliche Dialog insbesondere auf Sektorenauftraggeber keine unmittelbare Anwendung findet.<sup>23</sup>

In sachlicher Hinsicht ist zunächst § 101 Abs. 5 GWB zu beachten. Danach ist der Wettbewerbliche Dialog ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Näher präzisiert wird diese Vorgabe in § 6a Abs. 1 Nr. 1 und 2 VgV,

sionen vom 30. 4. 2004, KOM (2004) 327 endg., Rn. 24 zu dem aus Sicht der Kommission sehr engen Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens.

19 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 27. 11. 1996, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996), S. 583.

20 Vgl. die Nw. oben Fn. 11.

21 Zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz vgl. die Nw. oben Fn. 10.

22 Vgl. *Knauff*, NZBau 2005, S. 249 (250).

23 Vgl. etwa *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Hrsg.), *Praxis-Handbuch Public Private Partnership*, S. 235 (265).

der den Wettbewerblichen Dialog alternativ in zwei Sachverhaltsgestaltungen eröffnet: So dürften die staatlichen Stellen objektiv nicht in der Lage sein, die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden, oder nicht in der Lage sein, die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.

Damit ist der Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs sowohl vom offenen und nicht offenen Verfahren einerseits und vom Verhandlungsverfahren andererseits abzugrenzen, worauf an späterer Stelle noch ausführlich zurückzukommen ist<sup>24</sup>.

Im Übrigen gelten in sachlicher Hinsicht die allgemeinen Regeln des Vergaberechts, sodass der Wettbewerbliche Dialog gem. § 100 Abs. 1 GWB auch nur jenseits der in § 2 VgV festgesetzten Schwellenwerte vorgesehen ist.

## II. DER VERFAHRENSABLAUF

Der Verfahrensablauf des Wettbewerblichen Dialogs gliedert sich in fünf Phasen<sup>25</sup>, die in ihren Grundzügen bereits in § 29 VergabeRL vorgezeichnet und in § 6a VgV und den Verdingungsordnungen (§ 3a Nr. 4 VOB/A) normiert sind.

Den Auftakt des Vergabeverfahrens markiert die Bekanntmachung (§ 6a Abs. 1 VgV), an die sich in der zweiten Phase die Präqualifikation, d.h. die Auswahl der späteren Teilnehmer des Wettbewerblichen Dialogs, anschließt (§ 6a Abs. 3 VgV).

In der folgenden dritten eigentlichen Dialogphase kann zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter so lange verhandelt werden, bis sich im Verhandlungsprozess geeignete Lösungen abzeichnen (§ 6a Abs. 3 VgV).

In der sich daran anschließenden vierten Phase sollen die Bieter auf Grundlage der erarbeiteten technischen, finanziellen und rechtlichen Grundsatzlösungen nunmehr ein präzisiertes und mit Preisen versehenes Angebot einreichen, auf dessen Grundlage in der fünften Phase der Zuschlag erteilt wird (§ 6a Abs. 4 VgV).

### 1. Bekanntmachung

Nach § 6a Abs. 2 VgV haben die staatlichen Auftraggeber ihre Bedürfnisse und Anforderungen europaweit bekannt zu geben. Die Erläuterung der Anforderungen kann entweder in der Bekanntmachung selbst oder in einer Beschreibung erfolgen. Weitere Anforderungen lassen sich der VgV zwar nicht explizit, wohl aber aus den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts ent-

<sup>24</sup> Vgl. dazu unten D.

<sup>25</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Ollmann*, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, *VergabeR* 2005, S. 685 (688 ff.); *Knauff*, *NZBau* 2005, S. 249 (251 ff.).

nehmen. Sowohl der Wettbewerbsgrundsatz, der Grundsatz der Gleichbehandlung wie der der Transparenz des Vergabeverfahrens gebieten es, dass der Auftraggeber auch im Rahmen der Vergabeart des Wettbewerblichen Dialogs den bei ihm bestehenden Bedarf ausreichend identifiziert hat.<sup>26</sup>

Für die öffentliche Hand sind PPP-Vorhaben gerade deshalb besonders attraktiv, weil der Auftraggeber von der Problemlösungskompetenz und dem Sachverstand privater Partner profitieren will. Wenn PPP-Vorhaben aus diesem Grund lediglich funktional ausgeschrieben werden können, bedeutet dies aber nicht, dass sich die Vergabestelle jeder Planungstätigkeit enthalten kann. Insoweit lässt sich die vergaberechtliche Rechtsprechung zum Verhandlungsverfahren auch auf den Wettbewerblichen Dialog übertragen. Hier ist anerkannt, dass auch bei funktionaler Leistungsbeschreibung die eigene Planung des Auftraggebers zumindest insoweit feststehen muss, als die Kriterien für spätere Angebote festliegen und das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen sowie die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in einer Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht zu rechnen ist.<sup>27</sup>

## 2. Präqualifikation der Anbieter

Mit einer Vielzahl von Anbietern in einen Dialog einzutreten, kann für die Vergabestelle einen beträchtlichen Aufwand bedeuten. Aus diesem Grund ist dem Wettbewerblichen Dialog zunächst ein Teilnahmewettbewerb vorzuschalten (§ 6a Abs. 3 VgV). In diesem ist anhand der in der Bekanntmachung angegebenen Kriterien zu prüfen, ob die Bewerber über eine ausreichende Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügen, um mit ihnen in die anschließende Dialogphase einzutreten.<sup>28</sup>

## 3. Dialogphase

Als Ziel der sich anschließenden Dialogphase bestimmt § 6a Abs. 3 S. 1 VgV zu ermitteln und festzulegen, wie der staatliche Auftraggeber seine Bedürfnisse am besten erfüllen kann. Die Anforderungen an die Ausgestaltung und den Ablauf des Dialogs ergeben sich aus § 6a Abs. 3 - 5 VgV:

Im Unterschied zum offenen Verfahren (§ 24 Nr. 1 VOB/A) und in offener Parallelität zum Verhandlungsverfahren besteht auch im Wettbewerblichen Dialog kein Verhandlungsverbot. Daher können gem. § 6a Abs. 3 VgV mit den ausgewählten Unternehmern alle Einzelheiten des Auftrags erörtert werden. Wie sich aus der Gesetzessystematik ergibt, ist der Kreis

26 *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 32.

27 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. 10. 2000, Verg 14/00; OLG Naumburg, NZBau 2003, S. 628.

28 Vgl. nur *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 33, 59 ff.

der Einzelheiten der Auftragsbestimmung allerdings in einer nicht ganz unbedeutenden Hinsicht eingeschränkt. So darf in der Dialogphase noch nicht in abschließende Preisverhandlungen eingetreten werden, weil dies der Angebotsphase als dem vierten Verfahrensabschnitt des Wettbewerblichen Dialogs vorbehalten bleibt.

Den Preisaspekt vollkommener auszublenden, wäre aber gleichermaßen unpraktikabel wie lebensfremd. Damit dürfen Preise wohl doch insoweit eine Rolle spielen, als Kostenschätzungen zur Ermittlung der vom Auftraggeber gewollten Lösung erforderlich sind.<sup>29</sup>

Letztlich allein deklaratorisch bestimmt § 6a Abs. 3 VgV, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich zu behandeln sind. Näher konkretisiert wird dieses Gebot in § 6 Abs. 3 S. 4 und 5 VgV. Danach dürfen die Auftraggeber Informationen nicht so weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Zudem dürfen staatliche Auftraggeber Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben und diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens verwenden.

Um den Verfahrensaufwand zu reduzieren, ermöglicht § 6a Abs. 4 VgV den Dialog in verschiedenen aufeinander abfolgenden Phasen abzuwickeln. Ziel dieser Stufung des Verfahrens ist es, die in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder der in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Möglich ist eine derartige Stufung des Verfahrens allerdings nur, sofern in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde (§ 6a Abs. 4 S. 2 VgV). Unternehmen, die nicht für die folgende Dialogphase vorgesehen sind, sind über ihr Ausscheiden zu informieren, um ihnen gegebenenfalls eine Überprüfung dieser Entscheidung vor den Vergabeprüfstellen zu ermöglichen (§ 6a Abs. 4 S. 3 VgV).

Die Frage, wie viele Anbieter noch im Wettbewerb zu verbleiben haben, lässt die VgV unbeantwortet. Um die sich anschließende Angebotsphase nicht ad absurdum zu führen und den Preis- und Wettbewerbsdruck auf die Anbieter aufrecht zu erhalten (§ 3a Nr. 4 Abs. 4 S. 3 VOB/A), sollten zumindest zwei Anbieter im Wettbewerb verbleiben.<sup>30</sup>

Ihren Abschluss findet die Dialogphase, wenn im Dialog eine Lösung gefunden worden ist, die die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers erfüllt oder erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann (§ 6a Abs. 5 VgV).

Im ersteren Fall hat der Auftraggeber die Unternehmen aufzufordern (§ 6a Abs. 5 S. 2 VgV), auf Grundlage der in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ein endgültiges Angebot zu erstellen.

<sup>29</sup> So *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte (Fn. 5), S. 117.

<sup>30</sup> *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 37.



#### 4. Angebotsabgabe

Während die Dialogphase weite Überschneidungen mit dem (strukturierten) Verhandlungsverfahren aufweist, ist die Phase der Angebotsverwertung in weiten Teilen an das offene bzw. das nicht offene Verfahren angelehnt. Das für beide Verfahrensarten geltende Verbot der Nachverhandlungen (§ 24 Nr. 1 VOB/A) wird im Wettbewerblichen Dialog allerdings modifiziert. So darf der staatliche Auftraggeber vom Unternehmer gemäß § 6a Abs. 5 S. 4 VgV eine Präzisierung, Klarstellung und Ergänzung seines Angebots verlangen. Grundlegende Neuverhandlungen sind in dieser Phase aber nicht mehr möglich. Insoweit bestimmt § 6a VgV, dass diese Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben dürfen, die den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken könnten (§ 6a Abs. 5 S. 5 VgV).

#### 5. Angebotswertung und Zuschlagserteilung

Zuletzt ist auf Grundlage der in der Bekanntmachung bzw. in der Beschreibung genannten Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot auszuwerten (§ 6a Abs. 6 S. 1 VgV). Dabei hat der Zuschlagserteilung gem. § 13 VgV eine Vorabinformation der nicht berücksichtigten Bieter vorauszugehen.

#### D. Verhältnis zu den anderen Vergabearten

Bei Licht betrachtet lässt die Konkretisierung des Wettbewerblichen Dialogs in § 6a VgV und in der VOB/A noch eine ganze Reihe von Fragen offen. Im vorliegenden Rahmen muss ich mich schon aus Zeitgründen auf zwei Aspekte beschränken, die den Anwendungsbereich der neuen Vergabeart betreffen. Klären möchte ich zum einen, wie sich der Wettbewerbliche Dialog einerseits zum Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 4 GWB) und wie er sich andererseits zum offenen Verfahren verhält (§ 101 Abs. 2 GWB).

##### I. ABGRENZUNG ZUM VERHANDLUNGSVERFAHREN

PPP-Projekte sind vor Inkrafttreten des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes nahezu ausschließlich im Verhandlungsverfahren nach § 101 Abs. 4 GWB ausgeschrieben worden. Da der Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens im ÖPP-Beschleunigungsgesetz unverändert geblieben ist, stellt sich nunmehr die Frage, in welchem Verhältnis der Wettbewerbliche Dialog zum „alten“ Verhandlungsverfahren steht<sup>31</sup>.

31 Vgl. dazu bereits *Schenke/Klimpel*, DVBl. 2006, S. 1492 ff.

Die Praxis verfährt bislang ganz überwiegend nach dem Motto „bekannt und bewährt“ und ignoriert den Wettbewerblichen Dialog weitgehend.

Eine Stütze findet diese Position in § 101 Abs. 6 S. 1 GWB. Die Norm regelt das Konkurrenzverhältnis der Vergabearten, beschränkt sich für öffentliche Auftraggeber aber darauf, einen Vorrang eines offenen Verfahrens vor den anderen Vergabearten zu statuieren. Dies lässt den durchaus nahe liegenden Umkehrschluss zu, dass den öffentlichen Auftraggebern mit Ausnahme der Vorrangigkeit des offenen Verfahrens die Auswahl der Vergabearten freigestellt ist, insbesondere aber Wahlfreiheit zwischen dem Wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren besteht.<sup>32</sup>

Gegen diese Position und für einen Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs vor dem Verhandlungsverfahren spricht aber bereits die Entstehungsgeschichte des Wettbewerblichen Dialogs. Sowohl auf der europäischen wie auch auf der nationalen Ebene ist der Wettbewerbliche Dialog als diejenige Verfahrensart angedacht und konzipiert worden, die speziell auf die besondere Problemlage von PPP-Vorhaben zugeschnitten ist.

In Richtung eines Vorrangs des Wettbewerblichen Dialogs deuten aber auch systematische Erwägungen. So lässt Art. 30 Abs. 1 lit. a VergabeRL das Verhandlungsverfahren auch dann zu, wenn im Rahmen eines Wettbewerblichen Dialogs keine ordnungsgemäßen Angebote eingegangen sind. Dieser Nachrang des Verhandlungsverfahrens legt aber den Schluss nahe, dass die Richtlinie von einem Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs ausgeht.<sup>33</sup> Darüber hinaus sind Zweifelsfragen bei der Auslegung des europäisierten Vergaberechts im Einklang mit seinen Grundprinzipien des Wettbewerbsgrundsatzes, der Gleichbehandlung und der Transparenz zu lösen. Wenn sich aber nun der europäische wie der nationale Gesetzgeber von der neuen Verfahrensart einen Zugewinn an Transparenz des Vergabeverfahrens versprechen, so zwingt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung<sup>34</sup> auf Ebene des nationalen Rechts dazu, den Wortlaut des § 101 Abs. 6 GWB um eine weitere ungeschriebene Vorrangregel zu ergänzen. PPP-Projekte dürfen zukünftig folglich erst dann im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben werden, wenn der vorrangige Wettbewerbliche Dialog gescheitert ist.

Die Praxis wird also umdenken müssen, zumal die Europäische Kommission bereits ein gegen Deutschland gerichtetes Vertragsverletzungsverfahren

32 So etwa *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht (Fn. 23), S. 269; *Müller/Veil*, VergabeR 2007, S. 298 (304 ff.).

33 Gegen diese Auffassung lässt sich auch nicht einwenden, dass die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs fakultativ ist (so aber wohl *Müller/Veil*, VergabeR 2007, S. 298 [308]). Denn wenn der nationale Gesetzgeber die neue Vergabeart ins nationale Recht umgesetzt hat, muss auch ihr Anwendungsbereich den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers entsprechen, wenn nicht die einheitliche Anwendung und Geltung des Europarechts gefährdet werden soll. Dass das Verhandlungsverfahren für funktionale Privatisierungen zukünftig keine Rolle mehr spielen sollte, unterstreichen ferner die entsprechenden Überlegungen der Kommission zu Dienstleistungskonzessionen (CC/2007/20 DE, S. 5 vom 10. 12. 2007).

34 Vgl. dazu etwa *Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 463 ff.

betreibt, in dem es auf dem Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs vor dem Verhandlungsverfahren besteht<sup>35</sup>.

## II. ABGRENZUNG ZUM OFFENEN VERFAHREN

Wenn die Vergabepaxis den Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs im Verhältnis zum Verhandlungsverfahren ausdehnen sollte, so muss doch auch in umgekehrter Richtung gefragt werden, wie sich der Wettbewerbliche Dialog zum offenen und nicht offenen Verfahren verhält<sup>36</sup>.

Wie bereits im vorigen Abschnitt angedeutet wurde, gibt das Gesetz auf diese Frage in § 101 Abs. 6 GWB eine eindeutige Antwort. Danach ist vom Vorrang des offenen Verfahrens auszugehen, sofern im GWB nicht etwas anderes gestattet ist. Eine derartig abweichende Bestimmung ist insbesondere § 6a Abs. 3 VgV, der den Wettbewerblichen Dialog ja unter anderem dann vorsieht, wenn die staatlichen Auftraggeber objektiv nicht in der Lage sind, die rechtlichen und/oder finanziellen Bedingungen des Verfahrens anzugeben.

Dass PPP-Vorhaben in dieser Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten aufweisen, lässt sich für die ersten PPP-Projekte schwerlich in Abrede stellen. Nicht zuletzt durch die Standardisierungsbemühungen der PPP-Task Forces<sup>37</sup> sind in jüngerer Zeit die Transaktionskosten von PPP-Vorhaben aber deutlich gesenkt worden. Schreiten diese Bemühungen weiter voran und wird von den staatlichen Auftraggebern lediglich ein PPP-Projekt „von der Stange“ intendiert, bleibt daher zu prüfen, ob zukünftig statt des Wettbewerblichen Dialogs nicht auch das offene bzw. nicht offene Verfahren in Betracht kommen.<sup>38</sup>

## E. Bewertung und Ausblick

### I. GRÜNDE FÜR DAS BISHERIGE AKZEPTANZDEFIZIT

Bereits in meiner Einleitung habe ich auf die geringe Akzeptanz des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis hingewiesen. Was sind die Gründe für dieses Zögern? Eine plausible Erklärung dürfte dieses in den nicht unerheblichen Unwägbarkeiten haben, die mit der Anwendung dieser neuen, bislang weitgehend ungeklärten Vergabeart verbunden sind.

35 Gegenstand des Verfahrens ist die Rechtmäßigkeit eines PPP-Projektes der Stadt Mülheim an der Ruhr (<<http://www.derwesten.de/nachrichten/staedte/muelheim/2008/3/28/news-33764802/detail.html>>).

36 Vgl. dazu nur *Drömann*, NZBau 2007, S. 751 (753 f.).

37 Vgl. etwa den Mustervertrag der PPP-Task Force des Bundes, *PPP-Mustervertrag Inhabermodell*, 2007.

38 Siehe auch *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 26 f.

So neigt die PPP-Beraterpraxis aus verständlichen Gründen nicht zu übermäßiger Experimentierfreude, zumal der Wettbewerbliche Dialog auch bei den PPP-Task Forces anfänglich auf Vorbehalte gestoßen ist. Gleichwohl dürfte hier in den vergangenen Monaten ein Umdenken eingesetzt haben. So hat nicht nur die neuere Beratungsliteratur zur PPP den Wettbewerblichen Dialog entdeckt<sup>39</sup>, sondern es zeichnet sich auch in der jüngeren Ausschreibungspraxis eine Trendwende ab<sup>40</sup>.

Auf geringe Gegenliebe ist der Wettbewerbliche Dialog zunächst aber auch auf Bieterseite gestoßen. Hier ist seitens der Bauwirtschaft wiederholt die Befürchtung geäußert worden, der Schutz der Vertraulichkeit der Angebote sei nicht mehr in ausreichender Weise gewährleistet.<sup>41</sup> Diese Bedenken sind ernst zu nehmen, weil der PPP-Beschaffungsprozess ja gerade davon lebt, das Wissen und das Know-how der privaten Partner in das Projekt einfließen zu lassen. Dies kann aber nur gelingen, wenn die privaten Partner keinen kostenlosen Wissenstransfer bzw. „Ideenklau“ befürchten müssen.

Bei Licht betrachtet stellt sich dieses Problem aber in genau der gleichen Weise auch beim Verhandlungsverfahren. Gegenüber dem Wettbewerblichen Dialog hat dieses aber noch den Nachteil, vergleichsweise grobmaschig vorstrukturiert zu sein, sodass die entsprechenden Vorbehalte zwar nachvollziehbar, aber letztlich nicht stichhaltig sind.

## II. VERGLEICH ZUM VERHANDLUNGSVERFAHREN

Eine ganz andere Frage ist es, ob sich die vom europäischen und nationalen Gesetzgeber in den Wettbewerblichen Dialog gesetzten Erwartungen erfüllen werden. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob mit dem Wettbewerblichen Dialog tatsächlich ein Zugewinn an Verfahrenstransparenz, Wettbewerbsgleichheit und Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe verbunden ist. Vergleichsmaßstab beziehungsweise Messlatte für die Beantwortung dieser Frage ist das tradierte Verhandlungsverfahren.

In der Literatur wird als Vorteil des Wettbewerblichen Dialogs mitunter angesehen, dass er eine noch größere Flexibilität als das Verhandlungsverfahren ermögliche.<sup>42</sup> Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass das zentrale Motiv für die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs ja gerade der Versuch war, durch eine stärkere Strukturierung des Verfahrensablaufs eine hö-

39 Vgl. etwa *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte (Fn. 5), S. 68 ff.; *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht (Fn. 23), S. 264 ff.

40 Ein jüngeres Beispiel ist etwa der Landtagsneubau des Landes Brandenburg (dazu <<http://brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.366782.de>>).

41 Vgl. etwa *ibr-online* 09/2001: „Bauwirtschaft lehnt neues EU-Vergabeverfahren ab. BVMB: „Wettbewerblicher Dialog“ fördert den Ideenklau!“ (<<http://ibr-online.de>>).

42 Vgl. *Müller/Veil*, VergabeR 2007, S. 298 (311).

here Gewähr für die Wettbewerbsorientierung, Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren zu bieten.<sup>43</sup>

Diesbezüglich in den Wettbewerblichen Dialog gesetzten Hoffnungen dürften aber schon recht bald enttäuscht werden. Dies liegt indes weniger an Mängeln des Wettbewerblichen Dialogs, sondern umgekehrt daran, dass das Verhandlungsverfahren in der PPP-Praxis weniger defizitär ist, als dies auf den ersten Blick erscheint. Zwar gibt es für den Ablauf des Verhandlungsverfahrens nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs keine ausdrücklichen Vorgaben mehr, doch dieses normative Defizit ist weitgehend richterrechtlich geschlossen worden. So hat sich im PPP-Beschaffungsprozess die Praxis eines strukturierten Verhandlungsverfahrens herausgebildet, das weitgehend mit der des Wettbewerblichen Dialogs identisch ist.<sup>44</sup>

Mit der Einführung des Wettbewerblichen Dialogs und dem hier postulierten Vorrang vor dem Verhandlungsverfahren ist damit letztlich keine tiefgreifende Änderung der Ausschreibungspraxis verbunden. Geändert haben sich wohl allein die Rechtsgrundlagen, indem das richterrechtlich strukturierte Verhandlungsverfahren nunmehr durch das in der Vergabeverordnung ausgestaltete Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs abgelöst werden wird.

#### F. Zusammenfassender Ausblick

Mit der Einführung des Wettbewerblichen Dialogs hat sich für die PPP das Koordinatensystem des europäisierten Vergaberechts verschoben. Die bisherige und nunmehr auch nach Auffassung der Kommission rechtswidrige Vergabepaxis, PPP-Projekte im Wege des flexiblen Verhandlungsverfahrens durchzuführen, ist nicht mehr haltbar.

Für die Umsetzung von PPP-Projekten ist zukünftig der Wettbewerbliche Dialog das vorrangig zu berücksichtigende Verfahren. Den PPP-Beschaffungsprozess wird dies zunächst mit Unwägbarkeiten belasten, weil nunmehr im Vergabeverfahren neue und noch nicht abschließend gesicherte Wege beschritten werden müssen.

Auf der anderen Seite eröffnen sich der PPP-Beratungspraxis aber auch neue Chancen, die sie nicht länger ignorieren, sondern offensiv nutzen sollte.

Der Autor *Prof. Dr. Ralf Peter Schenke* ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Steuerrecht an der Universität Münster; im Jahr 2008 erhielt er einen Ruf auf die Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht der Universität Würzburg.

43 Vgl. auch *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 49 f., der die größere Flexibilität des Verhandlungsverfahrens betont.

44 Dazu zuletzt *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 46 f.