



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Der wettbewerbliche Dialog in Deutschland, Polen und Österreich im Lichte des europäischen Vergaberechtsregimes“

Dissertation vorgelegt von Ruth-Jeannette Losch

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Die vorliegende Arbeit hat den wettbewerblichen Dialog in ausgewählten Rechtsordnungen im Hinblick darauf hin untersucht, inwieweit er dem an ihn gestellten Anspruch gerecht werden kann, dem öffentlichen Auftraggeber ein flexibles Verfahren an die Hand zu geben, das gleichzeitig den Wettbewerb sicherstellen kann.

In den Blick genommen wurden neben den Unionsvorgaben die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in den EU-Gründungsstaaten Deutschland (DE) und Österreich (AU) sowie dem seit 2004 der EU angehörenden Polen (PL).

I. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in fünf Teile. Die beiden ersten Teile sind einführender Art und geben einen Überblick über die Vorschriften des Primärrechts, wie sie für die Auslegung des wettbewerblichen Dialogs relevant werden, sowie über den vergaberechtlichen Kontext, in den das Verfahren eingebettet ist. Dies geschieht durch einen Überblick über das europäische Vergaberechtsregime und die anschließende Verortung des wettbewerblichen Dialogs im Verfahrenskanon der Vergabekoordinierungsrichtlinien¹.

Der bis zu diesem Punkt vornehmlich darstellenden Beschreibung des Umfelds und der Maßstäbe für eine Untersuchung des wettbewerblichen Dialogs schließt sich die eigentliche Untersuchung des wettbewerblichen Dialogs an, welche sich in einen europäischen und einen nationalen Abschnitt unterteilt.

Die Untersuchung des wettbewerblichen Dialogs nach den Vergabekoordinierungsrichtlinien erfolge im Wesentlichen unter zwei Gesichtspunkten: der Beantwortung **der Frage, inwieweit der wettbewerbliche Dialog den Maßstäben des Primärrechts entspricht** sowie der Identifizierung der Maßstäbe und Spielräume, die die Vergabekoordinierungsrichtlinien für die Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten setzen. Unter diesen Gesichtspunkten werden zunächst der Anwendungsbereich und der Verfahrensablauf des wettbewerblichen Dialogs nach der VKR 2004 sowie der VKR 2014 untersucht. Anschließend wird der wettbewerbliche Dialog in Beziehung zu den weiteren Verfahren gesetzt, die die Vergabekoordinierungsrichtlinien anbieten, um den öffentlichen Auftraggebern bei der Ermittlung des konkreten Auftragsgegenstands zu unterstützen: das Verhandlungsverfahren, der Wettbewerb und (nur nach der VKR 2014) die Innovationspartnerschaft. Schließlich werden noch die Arten von öffentlicher Vergabe untersucht, die nicht oder nicht in den Kernbereich der VKR 2004 fallen und insofern einem weniger strengen Vergaberegime unterworfen sind. Dies sind Bau- und Dienstleistungskonzessionen, besondere Arten von Dienstleistung sowie Aufträge von Auftraggebern bestimmter Wirtschaftssektoren. Von dem Ergebnis dieser Untersuchung hängt ab, inwiefern die Mitgliedstaaten in der Lage sind, diese Tatbestände in den regulären Anwendungsbereich der öffentlichen Auftragsvergabe einzubeziehen.

Die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in Deutschland, Polen und Österreich am Maßstab des Primärrechts und der Vergaberichtlinien ist Gegenstand der anschließenden Untersuchung. Der Abschnitt beginnt mit einer Untersuchung der Regelungsbereiche, die bereits aufgrund anderer Strukturentscheidungen des jeweiligen nationalen Gesetzgebers den Regelungen zum wettbewerblichen Dialog unterfallen bzw. nicht unterfallen. In dem

¹ „Vergabekoordinierungsrichtlinien“ wird im Folgenden als Oberbegriff für die VKR 2004 und die VKR 2014 verwendet. Auch wenn die VKR 2014 den Begriff „*Koordinierung*“ nicht mehr im Titel trägt, so nennt sie die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften zum öffentlichen Auftragswesen in den Mitgliedstaaten nach wie vor als Ziel, Erwägungsgründe 2 und 136 VKR 2014.

Fall, dass die nationalen Regelungen Spielräume lassen, wird auch untersucht, inwieweit diese es zulassen, dass der Auftraggeber das Verfahren an den Vorgaben für den wettbewerblichen Dialog ausrichtet.

Die Bearbeitung der Frage, **inwieweit die Umsetzungen das Konzept der Richtlinie funktionsgemäß verwirklichen können**, erfolgt dann weitgehend integrativ und vergleichend, das heißt bei der Untersuchung des Anwendungsbereichs des wettbewerblichen Dialogs, der Verfahrensausgestaltung und des Verhältnisses des wettbewerblichen Dialogs zum alternativ denkbaren Verhandlungsverfahren werden die jeweiligen nationalen Regelungen unter den einzelnen Überprüfungspunkten direkt miteinander verglichen, soweit die Verständlichkeit hierunter nicht leidet.

Der letzte Abschnitt fasst die Ergebnisse der vorangegangenen Abschnitte zusammen und schlägt einen Bogen zur Ausgangsfrage.

II. Der wettbewerbliche Dialog auf EU-Ebene

Der europäische Gesetzgeber hat bei der Setzung des europäischen Vergaberechts – im Gegensatz zu den ursprünglich meist streng fiskalisch orientierten Vergaberegungen der einzelnen Mitgliedstaaten – sein Augenmerk auf die Öffnung der nationalen Vergabemärkte und die Chancengleichheit aller am Vergabeverfahren beteiligten Bewerber/Bieter gelegt.

In den Regelverfahren offenes und nichtoffenes Verfahren soll dies durch möglichst geringe Interaktion zwischen Auftraggeber und Auftragnehmern, aber auch zwischen den Auftragnehmern untereinander erreicht werden. Dies setzt wiederum eine so genaue Vorbereitung des Auftrages durch den öffentlichen Auftraggeber voraus, dass die Bieter lediglich den Auftragsunterlagen korrespondierende Angebote abzugeben brauchen, in denen alle Einzelheiten des fraglichen Auftrages umfasst sind. Dass dieses Vorgehen nicht für alle Aufträge geeignet ist, liegt auf der Hand und hat auch recht schnell nach Erlass der ersten Vergaberichtlinien zur Einführung des Verhandlungsverfahrens geführt. Im Verhandlungsverfahren treten öffentlicher Auftraggeber und Bieter in ein Interaktionsverhältnis, indem nach Abgabe der Angebote über diese verhandelt wird. Auch hier blieb und bleibt es aber bei der Verpflichtung, den Auftragsgegenstand mittels technischer Spezifikationen zumindest funktionaler Natur zu beschreiben.

Der wettbewerbliche Dialog weicht noch stärker als das Verhandlungsverfahren von dem ursprünglichen Gedanken ab, Wettbewerb durch die Minimierung der Interaktionsflächen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Wirtschaftsteilnehmern gewährleisten zu wollen, da die Wirtschaftsteilnehmer nun auch auf die genaue Bestimmung des Auftragsgegenstands Einfluss nehmen können.

Hierdurch wird es dem öffentlichen Auftraggeber zum einen ermöglicht, wirtschaftlich nachteilige Effekte, die sich aus der formalisierten Vergabe ergeben können, abzufedern. Zum anderen kann der wettbewerbliche Dialog auch dort zum Einsatz gebracht werden, wo von einem unverfälschten Bieterwettbewerb aufgrund eines unvollkommenen Marktes auf Bieterseite nicht die Rede sein kann. Bevor gar keine Beschaffung stattfindet oder Kosten durch vorgeschaltete Verfahren zur Ermittlung des genauen Auftragsgegenstands, wie etwa der Beauftragung von Projektanten entstehen, die danach unter Umständen im Verfahren nur unter Schwierigkeiten berücksichtigt werden können, kann der wettbewerbliche Dialog sogar das effizientere Verfahren sein.

Andererseits können die Freiheiten, die das Verfahren den öffentlichen Auftraggebern bei der Beschreibung des Auftragsgegenstands und der Strukturierung des Verfahrens lässt, die Gebote der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung und damit die Wettbewerbsfähigkeit des Verfahrens gefährden. Auch die vergleichsweise hohen Transaktionskosten für die Beteiligten sprechen gegen eine vorschnelle Anwendung des wettbewerblichen Dialogs.

Die VKR 2004 schränkt deshalb den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs auf besonders komplexe Auftragsgegenstände ein. Ist diese Hürde genommen, ist der Auftraggeber relativ frei, was die nähere Gestaltung des Verfahrens angeht. Es hat sich allerdings gezeigt, dass die Vorgaben der VKR 2004 zwar primärrechtskonform auslegbar aber im Detail alles andere als selbsterklärend sind. Insbesondere die bei Einführung des wettbewerblichen Dialogs gehegte Hoffnung, das Verfahren könne die Entwicklung gemeinsamer Lösungen durch mehrere Auftragnehmer für komplexe Problemstellungen bieten, hat sich als nur schwierig vereinbar mit dem Wettbewerbsgrundsatz erwiesen.

Die VKR 2014 hat den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs erweitert und mit dem des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung gleichgezogen. Hier deutet sich eine Verschiebung der primären Stoßrichtung des EU-Vergaberechts an von dem Ziel, dass überhaupt eine Vergabe im Wettbewerb stattfindet, hin zur Effizienz der Vergabe – die VKR 2014 traut den öffentlichen Auftraggebern stärker zu, ihre Aufträge auch ohne strenge Formvorgaben wettbewerbskonform zu vergeben. Im Gegenzug nimmt sie ihren Geltungsanspruch stärker als ihre Vorgängerrichtlinien in Anspruch. Weder ist der wettbewerbliche Dialog (genau so wenig wie die neue Innovationspartnerschaft) ein Verfahren, das die Mitgliedstaaten fakultativ umsetzen könnten, noch nimmt sie sich weiter als „Koordinations“richtlinie zurück, die die Verfahren und Praktiken der Mitgliedstaaten „möglichst weit berücksichtigen“ will (so noch die VKR 2004).

Der wettbewerbliche Dialog hat sich damit zu einem grundsätzlich breit zur Verfügung stehenden Instrument gewandelt. Allerdings fordern die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Transparenz an sich eine umfassende Bekanntmachung/Beschreibung der bekannten Bedürfnisse und Anforderungen. Die Abwägung zwischen Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog wird also von dem tatsächlichen Detailgrad, den der Auftraggeber mit seiner Beschreibung erreichen kann, abhängen. Denn die Vorteile des wettbewerblichen Dialogs können nur dann sinnvoll ausgenutzt werden, wenn nach Festlegung dieser Details in der Auftragsbeschreibung noch genügend Freistellen vorhanden sind, die Raum für einen Dialog zur Ermittlung einer Lösung lassen. Die VKR 2014 nimmt zudem verstärkt die Pflicht zur Vergabedokumentation in den Blick.

Während die VKR 2004 noch dem Grundgedanken eines formalisierten Wettbewerbs folgt, der im Zweifel die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer vor die Erreichung wirtschaftlicher Ergebnisse stellt und Wettbewerb zuweilen verhindert, erlaubt es die VKR 2014, auf unvollkommene Wettbewerbssituationen flexibler zu reagieren und traut dem öffentlichen Auftraggeber stärker zu, auch in solchen Situationen das Verfahren diskriminierungsfrei zu organisieren.

Von einem Paradigmenwechsel im Bereich des Vergaberechts zu sprechen, ist im Hinblick auf das Spannungsverhältnis zwischen Wirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsziel jedoch zu hoch gegriffen. Die die wettbewerbsverfasste Marktwirtschaft begründenden Normen des EG-Vertrages gelten weiterhin uneingeschränkt auch für die Vergabekoordinierungsrichtlinie.

III. Der wettbewerbliche Dialog in Deutschland, Polen und Österreich

Der **deutsche** Gesetzgeber hat den wettbewerblichen Dialog im Wesentlichen entlang der Vorgaben der VKR 2004 umgesetzt und ist hierbei kaum eigene Wege gegangen. Durch den Verzicht auf die subjektive Komponente bei der Feststellung der besonderen Komplexität des Auftrags erhöht die deutsche Regelung allerdings den Begründungsaufwand für die Durchführung des wettbewerblichen Dialogs.

Auch wurde der wettbewerbliche Dialog innerhalb des organisch gewachsenen und dadurch sehr komplexen deutschen Kaskadensystems umgesetzt. Dies führt zwar nicht dazu, dass die Ausgestaltung des wettbewerblichen Dialogs gegen die Vergabegrundsätze verstieße. Allein aufgrund der Verweisstrukturen zwischen GWB und Vergabeverordnungen, der nicht konsistenten Wortwahl in den Regelungen und zum Teil auch bestehenden Lücken hat sich aber ein Regelungsregime entwickelt, dass es einem Neuling, der nur anhand der bestehenden Regelungen versucht, ein Vergabeverfahren durchzuführen bzw. an diesem teilzunehmen, es so gut wie unmöglich macht, die relevanten Punkte allein anhand der Normlektüre abzudecken. In dieser Hinsicht sind die integrierten Umsetzungen in einem Gesetz wie in Polen und Österreich geschehen wesentlich handbarer.

Flankiert wird das deutsche Regelungssystem von einer umfassenden und zum Teil dogmatisch recht strengen vergaberechtlichen Literatur. In der Rechtsprechung wurde der wettbewerbliche Dialog entsprechend seiner vergleichsweise geringen Verbreitung allerdings bislang nur sehr eingeschränkt behandelt.

Seit seiner Einführung konnte der wettbewerbliche Dialog in Deutschland nicht richtig Fuß fassen. Die Vermutung liegt nahe, dass dies auch darin begründet liegt, dass die deutschen Auftraggeber über das Verhandlungsverfahren ihren Bedarf an Flexibilität weitgehend abdecken können.

Des Weiteren ist in Deutschland die Zahlung von Prämien im wettbewerblichen Dialog verpflichtend, sobald der Auftraggeber besonders ausgearbeitete Unterlagen von den Dialogteilnehmern verlangt. Auch wenn in der Literatur Wege gesucht werden, diese Pflicht möglichst zu minimieren, mag diese das ihre zu einer gewissen Skepsis der Auftraggeber gegen diese Vergabeart beitragen.

Polen hat ein übersichtliches Normsystem und den wettbewerblichen Dialog voll in dieses integriert.

Wie die deutsche Umsetzung verzichtet die polnische bei der Ermittlung des besonders komplexen Auftrags auf die in der VKR 2004 formulierte subjektive Komponente des Auftraggebers. Daneben hat der polnische Gesetzgeber vergleichsweise viele Einschränkungen und Präzisierungen zu den europäischen Vorgaben gemacht.

So machen die polnischen Regelungen sehr genaue Vorgaben zur Anzahl der Bewerber, die zum Verfahren aufgefordert und eingeladen werden können, zu den anlegbaren Eignungs- und Auswahlkriterien sowie zu den Zuschlagskriterien einschließlich ihrer Reihung.

Eine Herausforderung für die Gebote der Nichtdiskriminierung und Transparenz stellt die vorgesehene Möglichkeit des Auftraggebers dar, die zuvor mitgeteilten Bedürfnisse und Anforderungen während der Dialogphase sowie beim Übergang zur Leistungsbeschreibung anpassen zu können. Dabei birgt insbesondere die – nicht in der VKR 2004 vorgesehene – Pflicht, vor Abfrage der Angebote eine einheitliche Leistungsbeschreibung für alle Dialogteilnehmer zu erstellen, ein erhebliches Diskriminierungspotential. Eine Verfah-

rengestaltung, die mit den Vergabegrundsätzen konform ist, wird sich nur in den Fällen realisieren lassen, in denen die Lösungen ohnehin nicht weit voneinander abweichen und sich daher unter eine gemeinsame Leistungsbeschreibung fassen lassen. Dies schränkt aber die mögliche Reichweite des Verfahrens ein und gefährdet die Erreichung des bei Einführung des wettbewerblichen Dialogs angestrebten Ziels, den Wettbewerb auch auf nicht beschreibbare Auftragsgegenstände ausweiten zu können. Eine Entschärfung dieses Problems durch eine Eingrenzung des Bieterkreises in der Dialogphase steht dem polnischen Auftraggeber auch nicht offen, da im Laufe des Dialogs keine Abschtung vorgesehen ist. Strenggenommen fallen damit Prämienzahlungen stets an alle Dialogteilnehmer an, da die entsprechende Regelung vorsieht, dass diese verpflichtend zu leisten sind, wenn die Lösung des jeweiligen Teilnehmers in die Leistungsbeschreibung eingeflossen ist.

Trotz der zwingend zu erstellenden Leistungsbeschreibung hat der polnische Gesetzgeber Feinabstimmungen der eingereichten Angebote zugelassen. Dabei hat er die Grenze für die Zulässigkeit von Feinabstimmung gegenüber der VKR 2004 auf den Fall, dass das Angebot durch die Feinabstimmung vollständig verändert wird, ausgeweitet, der auch hier richtlinienkonform auf eine wesentliche Änderung der Bekanntmachung bzw. Beschreibung anzupassen ist. Eine Interaktionsmöglichkeit mit dem Bestbieter ist wiederum nicht mehr vorgesehen.

Wie der wettbewerbliche Dialog in der Praxis gelebt wird, lässt sich nicht abschließend aus Gesetzestext, Literatur und Rechtsprechung entnehmen. Insbesondere Gorczynska deutet mehrfach – allerdings ohne weitere Erläuterung – an, dass in der Vergabep Praxis Diskussionen oder Unsicherheiten bestehen, die sich so aus Literatur und Rechtsprechung nicht ableiten lassen. Die Auslegung der Normen wird von der Literatur allerdings nur recht zögerlich in Angriff genommen, über Unklarheiten wird nicht selten einfach hinweggegangen.

Da der wettbewerbliche Dialog im Vergleich zu den Regelverfahren offenes und nichtoffenes Verfahren wenig, jedoch genauso häufig wie das Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, kann vermutet werden, dass die Auftraggeber vor den Hürden, die sie für die Durchführung der Verfahren nehmen müssen, zurückweichen, im Fall des wettbewerblichen Dialogs aber nicht unbedingt vor dem Erfordernis, nach Beendigung der Dialogphase eine diskriminierungsfreie Leistungsbeschreibung erstellen zu müssen.

Das **österreichische** Vergaberecht ist grundsätzlich sehr systematisch ausgestaltet und mit dem BVergG in einem wesentlichen Gesetz geregelt. Dabei erfolgt die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs recht nah am Richtlinientext und ist verständlich. Allerdings hat der Gesetzgeber für den wettbewerblichen Dialog die an sich sehr konsistente Systematik des BVergG durchbrochen und ein Sonderregime für den wettbewerblichen Dialog eingeführt, welches nur punktuell und ausdrücklich abschließend auf die weiteren anwendbaren Vorschriften verweist. Hierdurch treten (vermutlich häufiger als gedacht) Unklarheiten bzw. das Bedürfnis auf, Analogien zu den allgemeinen Regeln zu ziehen, etwa bei der Frage, ob Varianten zulässig sein sollen, bei der Angebotswertung oder auch bei der Gewährung von Prämien, die damit in Regelverfahren mit weniger Einschränkungen zu gewähren sind, als im wettbewerblichen Dialog.

Auch gehen die österreichischen Regelungen bei Berücksichtigung der Gebote von Nichtdiskriminierung und Transparenz zu liberal mit der Aufstellung und Prüfung der Eignungskriterien um, wenn sie davon ausgehen, dass diese im Laufe des Verfahrens abgeändert werden können. Ebenfalls nicht unproblematisch erscheint die österreichische Umsetzung, soweit sie eine Anpassung der Beschreibung und insbesondere auch der Zuschlags-

kriterien im Laufe des Verfahrens akzeptiert. Zwar lassen sich die gesetzlichen Vorgaben primärrechtskonform auslegen, dies führt jedoch dazu, dass die Anpassungsmöglichkeiten wesentlich eingeschränkter existieren, als man vom bloßen Wortlaut der Vorschriften her vermuten könnte. Dies droht Anreize für die öffentlichen Auftraggeber zu setzen, die bestehenden Spielräume zu überschreiten und setzt sich in den Regelungen zu Feinabstimmungen und der Interaktion mit dem Bestbieter vor, die ihre Grenze nach dem BVergG erst in den Grenzen der (unter Umständen geänderten Beschreibung) finden, tatsächlich auch mit den durch die Bekanntmachung gesetzten Grenzen abzugleichen sind.

Die vergaberechtliche Literatur orientiert sich zum Teil stark an der deutschen, was den österreichischen Besonderheiten nicht immer gerecht wird bzw. deutsche Besonderheiten auf das österreichische System überträgt.

Vergleicht man die Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs in den drei untersuchten Ländern fällt insbesondere auf, dass keiner der Mitgliedstaaten sich tiefer gehend mit den Begriffen der Bedürfnisse und Anforderungen auseinandergesetzt hat, obwohl deren saubere Definition nach hier vertretener Auffassung das Zusammenspiel von Zuschlagskriterien und Varianten wesentlich erleichtern und das Bedürfnis nach Änderungen dieser Parameter im laufenden Verfahren verringern kann.

Wenn auch nicht auf den ersten Blick erkennbar, da durch das undurchsichtige Kaskadensystem getarnt, ist die deutsche Umsetzung dennoch vergaberechtskonform auslegbar. Das gilt letztlich auch für die österreichische Umsetzung. Dort ist es weniger der Gesetzestext selbst, als die Gesetzesbegründung (die „Materialien“) die eine Flexibilität bei der Anpassung von Anforderungen, Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien vorsieht, die mit den Vergabegrundsätzen kaum zu vereinbaren ist.

Am schwersten fällt die richtlinienkonforme Auslegung im Hinblick auf die polnische Anforderung, nach Abschluss der Dialogphase (und ohne vorherige Möglichkeit, die Lösungen abzuschichten) eine Leistungsbeschreibung als Grundlage für die Erstellung der Angebote zu erstellen, soweit man der anscheinend einhelligen Meinung der Literatur folgt, hierbei müsse es sich um ein für alle Bieter einheitliches Dokument handeln. Dennoch wird der wettbewerbliche Dialog in Polen gegenüber dem Verhandlungsverfahren bevorzugt angewandt. Dies lässt vermuten, dass sich Auftraggeber in der Praxis nicht lange fragen, inwieweit bestimmte Regeln richtlinienkonform sind oder nicht, sondern es begrüßen, wenn überhaupt konkrete Regeln getroffen werden.

Demgegenüber sind in keinem der Länder die Anforderungen an die Durchführung des wettbewerblichen Dialogs aufgeweicht worden, was vor allem an den unzweideutigen Vorgaben der VKR 2004 an dieser Stelle liegen mag. Diese restriktive Formulierung des Anwendungsbereichs dürfte allerdings einer der Hauptgründe sein, warum der wettbewerbliche Dialog in Deutschland und Österreich im Vergleich zur Gesamtzahl der vergebenen Aufträge nur eine geringe Rolle einnimmt. Dies bedeutet auch, dass der wettbewerbliche Dialog nicht die erwünschte Funktion wahrnehmen kann, den Auftraggeber bei der Identifikation des genauen Auftragsgegenstands zu unterstützen.

Eine Sonderrolle nimmt Polen ein, wo der wettbewerbliche Dialog zwar häufiger Anwendung findet als das Verhandlungsverfahren, beide Verfahren im Vergleich zum offenen und nichtoffenen Verfahren aber sehr selten ausgeschrieben werden. Aus der gesetzlichen Ausgestaltung lässt sich hierfür keine konkrete Erklärung ableiten. Insbesondere sind die Verfahrensregeln im Verhandlungsverfahren in Polen nicht strenger ausgestaltet als von der VKR 2004 vorgesehen.

Insgesamt lässt sich kein bzw. kaum ein Rückschluss von der textlichen Umsetzung des wettbewerblichen Dialogs auf die Häufigkeit ziehen, die er tatsächlich zur Anwendung gelangt. Es kann nur vermutet werden, dass dies auch darin begründet liegt, inwieweit der jeweilige (prototypische) nationale öffentliche Auftraggeber sich als „Herr“ des Verfahrens sieht bzw. ihm eine Auslegungsprärogative hinsichtlich des Vorliegens der besonderen Bedingungen für die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs zugestanden wird. Auch die grundsätzliche Klagebereitschaft der unterlegenen Bieter mag eine Rolle spielen.

Allerdings ist festzuhalten, dass die Konsistenz der Gesamtregelung leidet und wahrscheinlicher mit dem Instrument der richtlinienkonformen Auslegung nachgesteuert werden muss, je stärker der nationale Gesetzgeber auf eigene Formulierungen setzt. In diesem Sinne ist es zu begrüßen, dass der europäische Gesetzgeber in der VKR 2014 den Gedanken der „*Koordinierung*“ der bestehenden einzelstaatlichen Vergaberegime nicht in den Vordergrund stellt, sondern (wie es zuvor auch schon der Fall war) den Geltungsanspruch der Richtlinien in den von ihnen erfassten Bereich auch deutlich in Anspruch nimmt.

IV. Fazit

Bei der Untersuchung der Richtlinienvorgaben hat sich gezeigt, dass der wettbewerbliche Dialog zumindest theoretisch die Möglichkeit bietet, in Situationen, in denen der Bietermarkt insgesamt oder in Teilen (nur ein oder zwei Anbieter für bestimmte essentielle Komponenten) unvollkommen ist, einen Wettbewerb zu organisieren. Dies kann in der Regel nur durch jeweils getrennte Gespräche mit den Dialogteilnehmern und ggf. spätere Zusammenführung der Teillösungsansätze erfolgen. Die Vision eines runden Tisches, an dem die Dialogteilnehmer gemeinsam eine Lösung erarbeiten, wird wettbewerbsrechtlichen Anforderungen in der Regel nicht genügen können. Damit wird allerdings ein Aspekt eingeschränkt, der kleine und mittlere Unternehmen (KMU), deren Förderung die Vergabekoordinierungsrichtlinien sich als besonderes Ziel gesetzt haben, gestärkt hätte, da diese bei komplexen Aufträgen häufig nur Teilbereiche bedienen können. Wie bei der möglichen, aber wenig praktikablen Teilung des Auftrags in Lose, ist es aber weniger der wettbewerbliche Dialog als Vergabeverfahren, der wenig mittelstandsfreundlich ist, als der besonders komplexe Auftragsgegenstand, der (zumindest nach der VKR 2004) Voraussetzung für die Wahl des wettbewerblichen Dialogs ist.

Ein Vorteil des wettbewerblichen Dialogs ist, dass er einer Erhöhung der externen Kosten (Dauer der Verfahrensvorbereitung, Verzicht auf Evaluation aller Möglichkeiten, Vergabe von Aufträgen, die den eigenen Bedürfnissen nicht optimal entsprechen, Verzicht oder Scheitern der Auftragsvergabe) auf Auftraggeberseite sowie auf Bieterseite entgegenwirken kann.

Das in der VKR 2004 aufgestellte Erfordernis des besonders komplexen Auftrags hat sich in der Praxis allerdings oft als zu restriktiv für die öffentlichen Auftraggeber erwiesen. Auch ist die Komplexität nicht unbedingt mit dem Vorliegen eines unvollkommenen Bietermarkts verbunden und deckt damit nicht alle Situationen, in denen das Verfahren sinnvoll angewendet werden könnte, ab.

Des Weiteren droht die Gefahr, dass die Auftraggeber, die die Hürde des besonders komplexen Auftrags nehmen, im Anschluss davon ausgehen, von den Pflichten der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz stärker befreit zu sein, als es bei Beachtung der primärrechtlichen Grundsätze tatsächlich der Fall ist. Insbesondere ist auch bei Durchführung des wettbewerblichen Dialogs das in Bekanntmachung und Beschreibung

aufgestellte Gerüst aus Bedürfnissen und Anforderungen, Eignungskriterien und Zuschlagskriterien nur sehr eingeschränkt Anpassungen durch den öffentlichen Auftraggeber zugänglich. Der wettbewerbliche Dialog erfordert damit eine mindestens ebenso präzise Vorbereitung wie andere Vergabeverfahren und bietet Flexibilität tatsächlich nur soweit, wie die nicht näher mit Anforderungen unterlegten Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers Spielräume für verschiedene Lösungsvorschläge lassen. Dennoch ist der wettbewerbliche Dialog nach der VKR 2004 das Vergabeverfahren, welches seinen Schwerpunkt am deutlichsten auf den Innovationswettbewerb im Vergleich zum bloßen Preiswettbewerb legt.

Das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs ist damit zwar grundsätzlich ein flexibles und wettbewerbskonformes Instrument, ist aber durch den restriktiven Anwendungsbereich für den öffentlichen Auftraggeber nur eingeschränkt verfügbar.

Die VKR 2014 hat auf diese Defizite reagiert und den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs deutlich erweitert. Gleichzeitig wurden insbesondere die Anforderungen an die Dokumentation des Verfahrens erhöht sowie einige weitere im Rahmen der VKR 2004 diskutierte Punkte geklärt: So schließt die VKR 2014 jetzt ausdrücklich aus, die Zustimmung zu einer gemeinsamen Dialogphase zur Bedingung für die Teilnahme am wettbewerblichen Dialog zu machen. Durch die Pflicht, die Vergabeunterlagen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung bereit zu stellen, verlieren die Diskussionen um deren Ausführlichkeit (etwa im Hinblick auf eine umfassende Bekanntmachung der Zuschlagskriterien) an Bedeutung.

Der erweiterte Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs nach der VKR 2014 erlaubt es dem öffentlichen Auftraggeber jetzt eher selbst zu bestimmen, inwieweit er einen Auftrag für geeignet für eine Vergabe im wettbewerblichen Dialog erachtet. Dabei muss er aber berücksichtigen, dass auch für den wettbewerblichen Dialog nach der VKR 2014 eine eingeschränkte Anpassbarkeit von Eignungskriterien, Bekanntmachung, Beschreibung und Zuschlagskriterien gilt. Je genauer insbesondere der Auftragsgegenstand beschrieben werden kann, desto weniger sinnvoll erscheint damit die Anwendung des wettbewerblichen Dialogs, der gerade durch das Ausfüllen von Spielräumen seine Berechtigung erfährt.

Der europäische Gesetzgeber traut den Auftraggebern damit stärker zu, auch in komplizierten Situationen das Verfahren diskriminierungsfrei zu organisieren.

Dabei folgt er für die VKR 2014 aber ebenso wie schon für die VKR 2004 dem Grundgedanken eines formalisierten Wettbewerbs, der im Zweifel die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer vor die Minimierung von Transaktionskosten stellt.

Neben den wettbewerblichen Dialog hat der europäische Gesetzgeber jetzt noch den Innovationswettbewerb gestellt, in dem bereits die Entwicklung der Innovation in einem Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Innovationspartner erfolgt und das Vergütungs- und Kündigungsmöglichkeiten in diesem Zeitraum vorsieht. Es wird sich zeigen, inwieweit es den Mitgliedstaaten gelingt, dieses Instrument für die öffentlichen Auftraggeber gut handhabbar in ihr nationales Recht umzusetzen und das Verhältnis von Verhandlungsverfahren, wettbewerblichem Dialog und Innovationspartnerschaft auszutarieren.

Die Eingangsfrage, ob der der wettbewerbliche Dialog dem an ihn gestellten Anspruch gerecht werden kann, dem öffentlichen Auftraggeber ein flexibles Verfahren an die Hand zu geben, das gleichzeitig den Wettbewerb sicherstellen kann, kann also positiv beantwortet werden, mit einer Einschränkung dahingehend, dass der restriktive Anwendungsbereich

nach der VKR 2004 die Flexibilität der Auftraggeber eingeschränkt hat. Auch im wettbewerblichen Dialog ist der Wettbewerb durch Einhaltung von Verfahrensgarantien sicherzustellen. Die Auswertung der Diskussion hat hier gezeigt, dass die Grenzen des Verfahrens noch deutlicher im Richtlinienentwurf zur Geltung kommen könnten.

Dieser Basisbefund hat sich bei der Betrachtung des wettbewerblichen Dialogs in Deutschland, Polen und Österreich auch bestätigen lassen. So unterstützt die sich in den Bekanntmachungszahlen niederschlagende vergleichsweise niedrige Anwendung des wettbewerblichen Dialogs² die These, dass der Anwendungsbereich nach der VKR 2004 sehr bzw. zu restriktiv gehalten ist.

Die eingangs im Hinblick auf die nationalen Umsetzungen gestellte Frage, ob diese das Konzept der Richtlinie funktionsgemäß verwirklichen können, ist für alle drei untersuchten Länder mit einem „ja, aber“ zu beantworten:

Die deutsche Umsetzung hat den wettbewerblichen Dialog gegenüber der VKR 2004 nicht weiter präzisiert und schon damit funktionsgemäß umgesetzt. Das deutsche Regelungssystem ist allerdings schon in sich undurchsichtig, was sich auch auf die Ausgestaltung des wettbewerblichen Dialogs auswirkt. Ausgehend von der Richtlinie können zwar alle notwendigen Elemente in der deutschen Umsetzung verortet werden, allerdings darf bezweifelt werden, dass eine richtlinienkonforme Anwendung ohne Zuhilfenahme der VKR 2004 gelänge. Die deutschen Auftraggeber stehen damit besonders in der Pflicht, die Anforderungen an die Wirtschaftsteilnehmer umfassend in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen zu kommunizieren.

Die österreichische Umsetzung erfolgt im an sich strukturell sehr klaren BVergG in einem eigenen Abschnitt und verweist – nach hier vertretener Auffassung unnötigerweise – nur punktuell auf die allgemeinen Vorschriften. Dies lässt viele Detailfragen offen bzw. macht ergänzende Auslegungen notwendig. In den Gesetzesmaterialien deutet sich darüber hinaus ein etwas zu weitgehendes Verständnis von der Anpassbarkeit von Auftragsbeschreibung sowie Eignungs- und Zuschlagskriterien an, wobei sich das Gesetz selbst allerdings richtlinienkonform auslegen lässt.

Die meisten Fallstricke im Hinblick auf eine richtlinienkonforme Auslegung enthält die polnische Umsetzung. Der polnische Gesetzgeber hat das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs stärker strukturiert, als von der Richtlinie vorgegeben und dabei Flexibilitätsmöglichkeiten, wie die phasenweise Abschichtung der Lösungsvorschläge nicht genutzt. Gepaart mit dem Zwang, nach Abschluss der Dialogphase eine Leistungsbeschreibung zu erstellen, wird die richtlinienkonforme Anwendung des wettbewerblichen Dialogs stark erschwert bzw. der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs stark eingeschränkt. Gemessen an diesen Kritikpunkten sind die Anwendungszahlen des wettbewerblichen Dialogs in Polen nicht niedrig (und liegen insbesondere über denen des Verhandlungsverfahrens). Es kann nur vermutet werden, dass in Polen nach der Abkehr vom kommunistischen Regime nach wie vor eine Abneigung dagegen herrscht, Gesetze „im Lichte“ eines bestimmten Zwecks (oder hier höherrangigen Richtlinie) auszulegen und

² Die etwa fünf Jahre zurück reichende Archivrecherche im Supplement (TED) verzeichnete im Januar 2015 zum EU-Amtsblatt für Deutschland 315 Auftragsbekanntmachungen für den wettbewerblichen Dialog gegenüber rund 12.000 für das Verhandlungsverfahren. Das Verhältnis für Österreich ist ähnlich: hier stehen 9 Auftragsbekanntmachungen für den wettbewerblichen Dialog über 1500 für das Verhandlungsverfahren gegenüber. Für Polen finden sich knapp 120 EU-weite Auftragsbekanntmachungen den wettbewerblichen Dialog, gegenüber 84 für das Verhandlungsverfahren. Auffällig ist allerdings die gegenüber Deutschland und Polen vergleichsweise hohe Zahl der Vergaben im offenen bzw. nichtoffenen Verfahren – hier gibt TED für Polen rund 63.000 (bzw. je nach Suchmodus knapp 92.000) Auftragsbekanntmachungen im offenen und nichtoffenen Verfahren aus; dies sind ebenso viele Bekanntmachungen wie für Deutschland.

sich der Wortlaut des Gesetzes im Vordergrund steht. Dies wäre zumindest ein Erklärungsansatz dafür, warum die Ausnahmeverfahren wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren gegenüber den Regelverfahren kaum zur Anwendung kommen, dann aber der schwieriger auszulegende wettbewerbliche Dialog dem einfacher zu strukturierenden Verhandlungsverfahren vorgezogen wird. Ebenfalls steht zu befürchten, dass die Regelverfahren offenes und nichtoffenes Verfahren in der Praxis auch dort genutzt werden, wo an sich ein flexibleres Verfahren angebracht wäre.

Schlägt man die Brücke zurück zu den europäischen Vorgaben, ist zunächst die Erweiterung des Anwendungsbereichs des wettbewerblichen Dialogs in der VKR 2014 zu begrüßen, ebenso wie die verschiedenen Klarstellungen zu den Verfahrensabläufen, wie dem Verbot der Vorabzustimmung zur Weitergabe der Lösungsvorschläge oder die erweiterten Dokumentationspflichten.

Ebenfalls sinnvoll erscheint, dass die VKR 2014 sich nicht wie noch die VKR 2004 darauf zurückzieht, eine „*Koordinierungs*“ richtlinie zu sein, die die bestehenden Regelungen und Praktiken in den Mitgliedstaaten möglichst weitgehend berücksichtigt. Bereits für die VKR 2004 galt zwar, dass dort, wo die Richtlinie Regelungen traf, kein Spielraum für eine eigene Gestaltung der Mitgliedstaaten blieb. Auch lässt die Ausgestaltung der VKR 2014 noch Raum für eigene Gestaltungen der Mitgliedstaaten. Dennoch erscheint sinnvoll, dass die VKR 2014 ihren Geltungsanspruch nicht dadurch klein macht, in dem sich ausdrücklich auf eine Koordinierung zurückzieht oder die Einführung von Verfahrensarten zur Disposition der Mitgliedstaaten stellt (wie für den wettbewerblichen Dialog unter der VKR 2004).

Die hier durchgeführte Untersuchung kommt aber zu dem Ergebnis, dass die Richtlinienvorgaben noch deutlicher dahingehend sein könnten, inwieweit im wettbewerblichen Dialog im Laufe des Verfahrens noch Anpassungen von Elementen aus Bekanntmachung und Beschreibung möglich sind.

Dabei ist es nicht so wichtig, dass die Regelungen zwischen den jeweiligen Ländern möglichst einheitlich sind, sondern dass die Vergabeverfahren jeweils so gestaltet sind, dass sie es den Teilnehmern gestatten, den Verfahrensablauf zu überblicken und ihre Erfolgchancen richtig einzuschätzen. Soweit die nationale Umsetzung einer ergänzenden richtlinienkonformen Auslegung bedarf, muss diese somit durch den Auftraggeber vorgenommen und im Verfahren umgesetzt werden und darf nicht den Wirtschaftsteilnehmern übertragen werden.

Während eine Änderung der VKR 2014 in den angesprochenen Punkten in absehbarer Zeit kaum zu erwarten ist, haben die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der VKR 2014 Gelegenheit, ihre Ausgestaltung des wettbewerblichen Dialogs auch generell noch einmal zu überprüfen und ihre (wenn auch eher eingeschränkten) Erfahrungen mit diesem Instrument in die Neufassung mit einfließen zu lassen.

In Deutschland wäre insbesondere an eine integrierte Lösung anstelle des tradierten Kaskadensystems zu denken. Der bislang vorliegende Gesetzesentwurf erweitert zwar den Regelungsumfang des GWB, enthält aber keine Regeln zu den Voraussetzungen und dem konkreten Ablauf der einzelnen Vergabeverfahren, die weiterhin in den untergesetzlichen Regelungen festgelegt werden sollen.³

³ Kabinettsentwurf vom 8. Oktober 2015, BT-Drs. 18/6281, Begründung zu § 119 Abs. 2 GWB.

Österreich könnte seine Formulierungen zur Anpassbarkeit von Beschreibung, Eignungs- und Zuschlagskriterien noch einmal überprüfen und evaluieren, ob die vorab befürchtete Mehrfacheinreichung von Lösungsvorschlägen durch denselben Dialogteilnehmer in der Praxis überhaupt relevant wurde.

In Polen stellt sich insbesondere die zwingende Erstellung einer Leistungsbeschreibung nach der Dialogphase, die überwiegend im Sinne einer einheitlichen Leistungsbeschreibung für alle verstanden wird, für eine richtlinienkonforme Auslegung problematisch dar. Darüber hinaus steht der polnische Gesetzgeber insgesamt vor der Aufgabe, die Vergabeverfahren näher an den tatsächlichen Bedürfnissen der Praxis auszurichten. Derzeit ist zumindest in den Ausschreibungszahlen im Supplement zum EU-Amtsblatt ein gewisses Ungleichgewicht zugunsten der Regelverfahren offenes und nichtoffenes Verfahren zu erkennen, die eine nicht sachgerechte Vergabe komplexerer öffentlicher Aufträge befürchten lassen.