

Neues Vergaberecht 2006: Der wettbewerbliche Dialog

Hamburger Architektenkammer

Hamburg, 09.02.2006

Markus Ruhmann

Rechtsanwalt

RECHTSANWÄLTE
SCHULZ NOACK BÄRWINKEL
HAMBURG • ROSTOCK • SHANGHAI

Aufbau und Ziele dieses Vortrages:

- Überblick über die durch das EU-Recht erforderlichen Änderungen des deutschen Vergaberechts und der bisherigen Umsetzungsanstrengungen (Abschnitt I)
 - Konzentration auf die Erläuterung der neuen Vergabeverfahren mit Schwerpunkt auf dem wettbewerblichen Dialog (Abschnitt II)

I. Abschnitt: Überblick

1. Erfordernis deutscher Vergaberechtsreform aufgrund EU-Vorgaben
2. Inhalt der EU-RL 2004/17 und 2004/18
3. Bisheriges deutsches Vergaberecht und Reformansätze
4. Anstrengungen zur Umsetzung des EU-Rechtes, u.a. Einführung der neuen Vergabeverfahren
5. Übersicht über die neuen Verfahrensarten

I.1. Erfordernis dt. Vergaberechtsreform

- Das europäische Vergaberecht wurde 2004 durch die Vergabekoordinierungs-RL oder VKL (2004/18) und die Sektorkoordinierungs-RL oder SKR (2004/17) i.d.F. der VO vom 28.10.04 (2004/1874), reformiert. Außerdem sind aufgrund der EG-VO Nr. 1564/2005 neue Standardformulare zu verwenden (Download unter www.simap.eu.int)
- Die in den neuen RL enthaltenen Regelungen waren durch die EU-Mitgliedstaaten bis zum 31.01.2006 in nationales Recht umzusetzen
- Folge: Rasche Umsetzung der RL-Inhalt und unmittelbare Anwendung der RL-Inhalte seit dem 01.02.2006

I.2. Inhalt EU-RL 2004/17 und 2004/18

Gegenstand der EU-VKL 2004/18/EG:

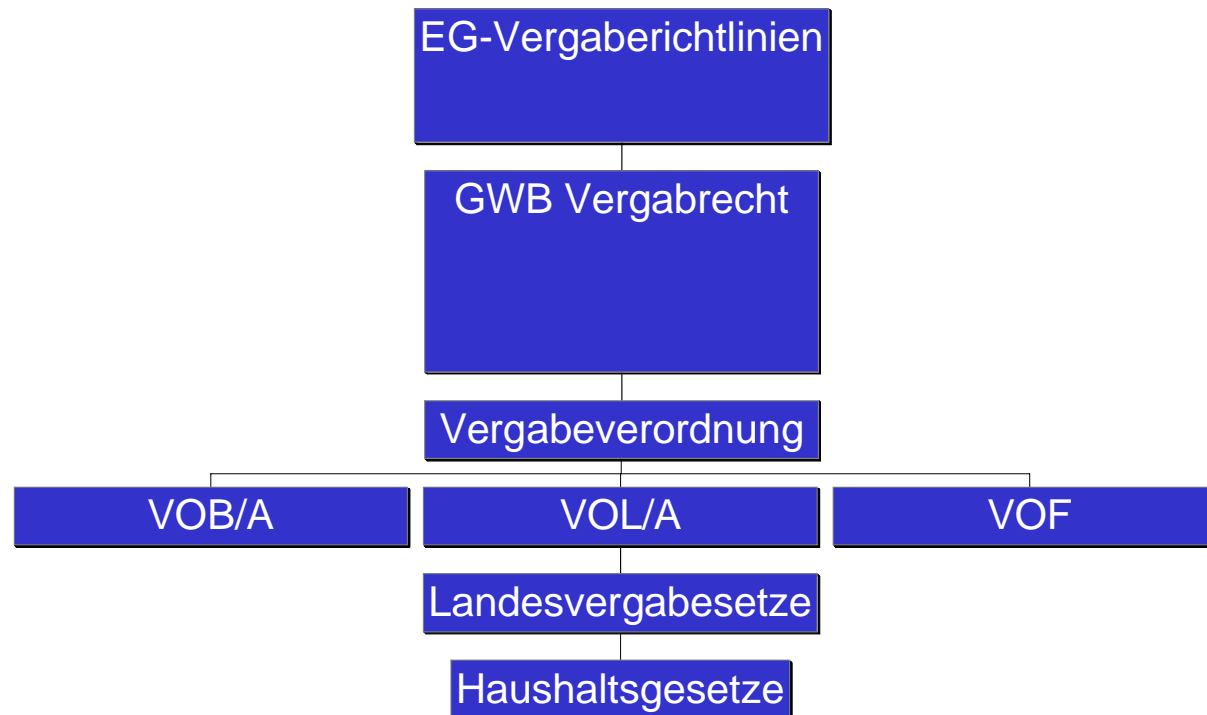
- Zusammenführung der europäischen Vergabe-RL (Bau, Lieferung, Dienste)
- Einführung des wettbewerblichen Dialogs
- Einführung der elektronischen Beschaffung (Auktion und Katalog)
- Neuregelung der Vergabe von Rahmenvereinbarungen
- Möglichkeit der Präqualifikation von Unternehmen
- Neue Schwellenwerte (€ 5,923 Mio Bau, € 236.000 Dienst und Lieferung)
- Regelung zum Einsatz von Projektanten (Unternehmen, die die Vergabe vorbereitet haben und sich hiernach beteiligen wollen)
- Vergabevermerke, Bekanntmachungen, Zuschlagskriterien

I.2. Inhalt EU-RL 2004/17 und 2004/18

Gegenstand der EU-SKR 2004/17/EG:

- Neuregelung der Freistellung von verbundenen Unternehmen vom Vergaberegime
- Neuregelung der Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte und dadurch Freistellung von Wegerechten und Konzessionsverträgen
- Neuer Sektor: Postdienste
- Als Sektor gestrichen: Telekommunikationsunternehmen

I.3. Bisheriges dt. Vergaberecht



I.3. Reformansätze dt. Vergaberecht

EU-Vergaberichtlinien

Vergabegesetz / GWB

Vergabeverordnung

Landesvergabesetze

Haushaltsordnungen

I.4. Umsetzung EU-Vorgaben

- Schritte bisher:
 - ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 01.09.05 (BGBl. I, S. 2676)
 - Rundschreiben 3/2006 des BMVBS vom 24.01.06
 - Schreiben BMWT vom 24.01.06 zur unmittelbaren Anwendung der EU-VKL 2004/18/EG ab 01.02.06
- Nächste Schritte:
 - Umsetzung erforderlicher Anpassungen im bisherigen Kaskadensystem bis Sommer 2006 -> Sofortpaket des DVA zur Änderung der VOB/A vom 29.11.05
 - Neufassung des Vergaberechts -> Entwurf VergabeR-ReformG

I.4. Umsetzung EU-Vorgaben

- Umsetzung durch ÖPP-Beschleunigungsgesetz:
 - Projektantenregelung, § 4 Abs. 5 VgV
 - Präqualifikation für Angaben nach § 8 VOB/A -> Einführung durch Erlass vom 16.01.06 nach Leitlinie des BMVBW vom 25.04.2005
 - Wettbewerblicher Dialog für öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1-3 GWB, Art. 29 VKL, §§ 101 Abs. 1,5 GWB, 6a VgV
- Ausstehend:
 - Rahmenvereinbarungen, Art. 32 Abs. 2, 4.UA und Abs. 4 VKL
 - Höhere Schwellenwerte, Art 7 VKL
 - Gleichwertige tech. Spezifikationen, Varianten, Art. 23, 24 VKL

I.5. Überblick Vergabeverfahren

Offenes Verfahren	Nicht-offenes Verfahren	Verhandlungsverfahren	<i>Elektronische Vergabe</i>	<i>Wettbewerblicher Dialog</i>
Unbeschränkte Anzahl Bieter	Beschränkte Anzahl Bieter	offen	Wie im gewählten Verfahren	Offen
Öffentliche Aufforderung zum Angebot	Öffentliche Aufforderung zur Teilnahme, beschränkte Einladung zur Angebotsabgabe	Öffentliche Aufforderung zur Teilnahme kann erfolgen	Wie im gewählten Verfahren	Öffentliche Aufforderung zur Teilnahme
Formstrenge Verfahren; keine Verhandlungen	Formstrenge Verfahren; keine Verhandlungen	Verhandlungen über Angebote und Konditionen	Inversive elektronische Auktion (vgl. e-Bay)	Dialog über Leistung; hiernach teilweise formstrenge

II. Abschnitt: Überblick

1. Gründe für die Einführung des wettbewerblichen Dialogs
2. Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs
3. Ablauf des wettbewerblichen Dialogs
4. Resumee

II.1. Gründe Einführung Dialog

- Investitionsbedarf der öffentlichen Hand ist enorm; Investitionsrückstand der Körperschaften ca. € 85 Mrd. Aufgrund gleichzeitig knapper öffentlicher Haushalte werden notwendige Investitionen durch Privatisierungen oder öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP = PPP) finanziert. Dabei soll das wirtschaftliche Risiko von der öffentlichen Hand auf den privaten Partner verlagert werden
- Für ÖPP geeignete Projekte bedürfen häufig der Gestaltung oder des Vorschlags durch den privaten Partner, weshalb die Formstrenge des offenen und nichtoffenen Verfahrens hierfür ungeeignet ist. Das aufgrund der Komplexität der Projekte, z.B. Autobahnmaut, geeignete Verhandlungsverfahren gilt jedoch als wenig transparent

II.2. Anwendungsbereich

Art. 29 VKL:

(1) Bei besonders komplexen Aufträgen können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber, falls seines Erachtens die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Wege eines offenen oder nichtoffenen Verfahren nicht möglich ist, den wettbewerblichen Dialog gemäß diesem Artikel anwenden kann. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags darf ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen.

II.2. Anwendungsbereich

Erwägungsgründe VKL:

(31) Für öffentliche Auftraggeber, die besonders komplexe Vorhaben durchführen, kann es - ohne dass es ihnen 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. (...) Daher sollte es 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 gewährleistet als auch dem Erfordernis gerecht wird, dass der öffentliche Auftraggeber alle Aspekte des Auftrags mit jedem Bewerber erörtern kann.

II.2. Anwendungsbereich

§ 6 a VgV:

- *Die staatlichen Auftraggeber [solche in § 98 Nr. 1-3 GWB] können für die Vergabe eines Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrags oberhalb der Schwellenwerte einen wettbewerblichen Dialog durchführen, sofern sie objektiv nicht in der Lage sind, die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.*

II.2. Anwendungsbereich

Objektive Unmöglichkeit der umfassenden Beschreibung des Auftrags (wie von § 9 VOL/A und § 9 VOB/A gefordert)

- bedeutet z.B.
 - das es sich um den ersten Auftrag seiner Art handelt
 - die Erarbeitung der für die Leistungsbeschreibung erforderlichen Kenntnisse wäre mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden
 - eine vorherige Reduzierung der möglichen Lösungen würde den Wettbewerb beschränken
- bedeutet nicht
 - das der AG vorher erfolglos mehrere Gutachten zur Lösung der offenen Fragen einholen muss
 - das die gesamte EU keinen Anbieter mit der gesuchten Lösung aufweist

II.2. Anwendungsbereich

- Beispiele für geeignete komplexe Aufträge:
 - integrierte Verkehrsinfrastruktur (Maut)
 - große Computernetzwerke (Software BKA)
 - Komplexe und strukturierte Finanzierung (ÖPP, Konzessionsmodelle)
 - Künstlerisch, planerisch, konstruktiv oder ausführungstechnisch innovativ (Energy-Contracting, Werbekonzepte, ÖPNV-Lösungen)
- Beispiele für nicht geeignete Aufträge:
 - Klassische Hochbauwerke
 - Standardlieferungen oder -leistungen

II.3. Ablauf

§ 6 a VgV (entspricht Art. 29 Abs. 2 ff. VKL)

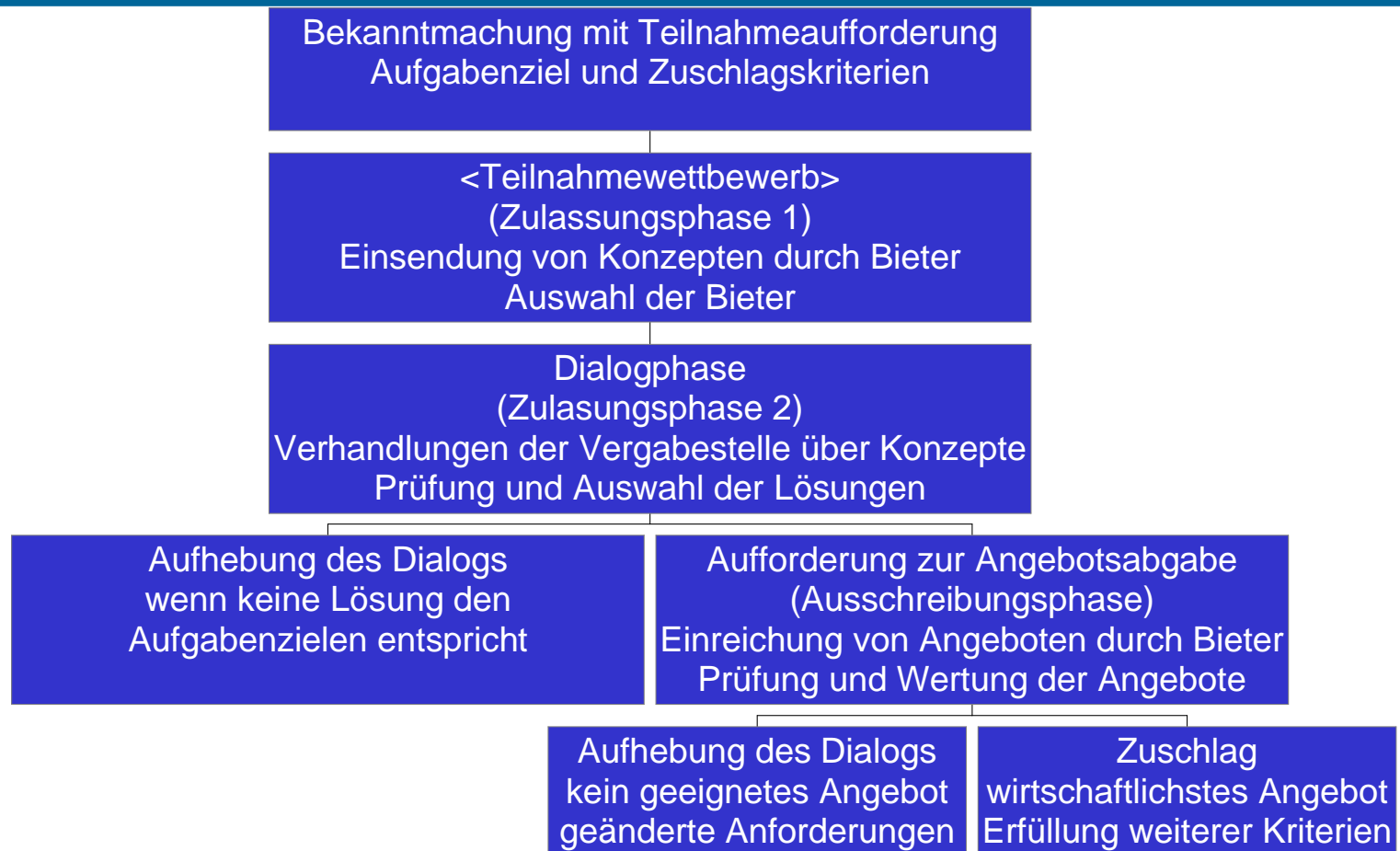
- (2) *Die staatlichen Auftraggeber haben ihre Bedürfnisse und Anforderungen europaweit bekannt zu machen (...).*
- (3) *Mit dem in Anschluss an die Bekanntmachung ausgewählten Unternehmen ist ein Dialog zu eröffnen, in dem die staatlichen Auftraggeber ermitteln und festlegen, wie ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Bei diesem Dialog können sie alle Einzelheiten des Auftrags erörtern [Gleichbehandlung; Vertraulichkeit]*
- (4) *Die staatlichen Auftraggeber können vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Die nicht berücksichtigten Unternehmen sind hierüber zu informieren*

II.3. Ablauf

§ 6 a VgV (entspricht Art. 29 Abs. 2 ff. VKL)

- (5) *Die staatlichen Auftraggeber haben den Dialog für abgeschlossen zu erklären, wenn eine Lösung gefunden wurde, die ihre Bedürfnisse erfüllt oder erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann. Wenn eine Lösung gefunden wurde, haben sie die Unternehmen aufzufordern (...) ihr endgültiges Angebot vorzulegen. (...)*
- (6) *Die staatlichen Auftraggeber haben die Angebote aufgrund der in der Bekanntmachung (...) festgelegten Zuschlagskriterien zu bewerten und das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen. (...)*
- (7) *Verlangen die staatlichen Auftraggeber, dass die am wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe (...) oder andere Unterlagen ausarbeiten, müssen sie einheitlich für alle Unternehmen, eine angemessene Kostenerstattung hierfür gewähren*

II.3. Ablauf



II.3. Ablauf

1. Bekanntmachung mit Teilnahmeaufforderung
 - Europaweite Bekanntmachung entsprechend nichtoffenem Verfahren bzw. Teilnahmewettbewerb zum Verhandlungsverfahren (Ziffer Formular 2 DE):
 - Bedarfsbeschreibung - Aufgabenziel (II.1.5)
 - Eignungs- und Auswahlkriterien (III.2)
 - Frist für Bewerbungseingang (IV.3.4)
 - Anzahl Dialogpartner, Dialogphasen (IV.1.2; 1.3)
 - Zuschlagskriterien (IV.2.1)
 - Kostenerstattungsregelung

II.3. Ablauf

2. Teilnahmewettbewerb

- Einsendung von Konzepten durch Bieter
- Auswahl der Dialogpartner aufgrund der Konzepte, der geforderten Nachweise und Erklärungen (z.B. über Patente, Finanzierungen, Eignung etc.)
- Dokumentation der Auswahl
- Benachrichtigung der nicht berücksichtigten Bieter

II.3. Ablauf

3. Dialogverhandlungen

- Aufforderung der ausgewählten Bieter zur Einreichung verbindlicher Vorschläge innerhalb einer Frist
- Erörterung aller Einzelheiten der eingereichten Vorschläge; Beachtung vertraulicher Informationen wie Geschäftsgeheimnissen, Konzepten, gewerbliche Schutzrechte
- Verhandlungen der Vergabestelle über die eingereichten Konzepte mit den ausgewählten Dialogpartnern ggf. in mehreren Ausscheidungsphasen
- Wenn Lösung(en) gefunden, Übergang zur nächsten Phase, ansonsten Abbruch des Dialogs
- Benachrichtigung der nicht berücksichtigten Bieter

II.3. Ablauf

4. Aufforderung zur Angebotsabgabe

- Aufforderung der Bieter zur Abgabe verbindlicher Angebote zu ihren Vorschlägen innerhalb zu setzender Frist
- Angebotsabgabe durch Bieter
- Soweit erforderlich noch Konkretisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu den eingereichten Angeboten - keine Abweichung von Ausschreibung oder dem Aufgabenziel - keine Nachverhandlung

II.3. Ablauf

5. Erteilung des Zuschlags

- Prüfung und Wertung der eingereichten Angebote anhand der Verfahrensschritte, Artikel 44 ff. VKL, §§ 17-28 VOL/A und VOB/A
- Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes anhand der in der Bekanntmachung angegebenen Zuschlagskriterien
- Benachrichtigung der nicht berücksichtigten Bieter
- Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot
- Vertragsausfertigung

II.3. Ablauf

Alternativ – Aufhebung des Dialogs

- Der wettbewerbliche Dialog kann aufgehoben werden, wenn während der Dialogphase erkennbar wird, dass die eingereichten Lösungen den Bedürfnissen des staatlichen Auftraggebers nicht entsprechen können
- Der wettbewerbliche Dialog kann weiter aufgehoben werden, wenn während der Ausschreibungsphase keine wirtschaftlichen Angebote eingehen oder sich die Anforderungen an das Projekt während des Vergabeverfahrens geändert haben

II.4. Resumee

- Der wettbewerbliche Dialog erlaubt es, auch noch innovative und zukunftsweisende bzw. komplexe Projekte in einem hierauf zugeschnittenen Verfahren zu vergeben
- Schwierigkeit der Definition „komplexer Auftrag“
- Es besteht das Risiko der Abwälzung von Entwurfs- und Planungskosten auf die Bieter
- Angabe der Kriterien für Auswahl der Bieter in den Dialogphasen im voraus problematisch
- Angebotsabgabe auch aufgrund der Lösungsvorschläge anderer Bieter?
- Grenzen der „Klarstellung“ zu unerlaubten Nachverhandlungen
- Kann bei Nichteinigung mit erstrangigem Bieter auch der zweitrangige den Zuschlag erhalten?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Markus Ruhmann

Rechtsanwalt

Baumwall 7

20459 Hamburg

Tel. 040-36 97 96-15

Fax. 040-36 20 88

m.ruhmann@snb-law.de

www.snb-law.de