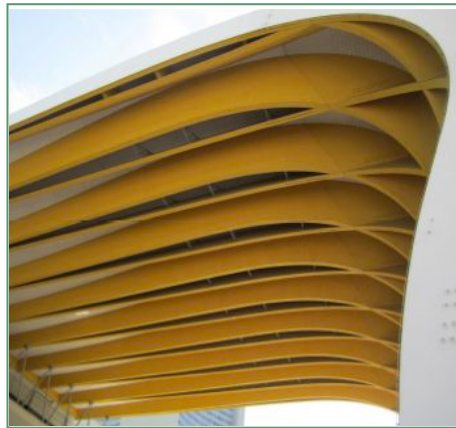
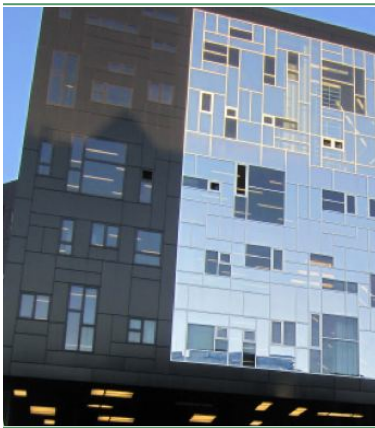


# MASTERARBEIT



## **DER WETTBEWERBLICHE DIALOG. EINE EINFÜHRUNG MIT EMPFEHLUNGEN FÜR DIE PRAXIS**

Mag. Dipl.- Ing. Markus GINDL

Vorgelegt am  
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft  
Projektentwicklung und Projektmanagement

Betreuer  
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Graz am 19. November 2014



## EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen/Hilfsmittel nicht benutzt, und die den benutzten Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, am .....  
.....  
(Unterschrift)

## STATUTORY DECLARATION

I declare that I have authored this thesis independently, that I have not used other than the declared sources / resources, and that I have explicitly marked all material which has been quoted either literally or by content from the used sources.

Graz, .....  
date .....  
(signature)

### Anmerkung

In der vorliegenden Masterarbeit wird auf eine Aufzählung beider Geschlechter oder die Verbindung beider Geschlechter in einem Wort zugunsten einer leichteren Lesbarkeit des Textes verzichtet. Es soll an dieser Stelle jedoch ausdrücklich festgehalten werden, dass allgemeine Personenbezeichnungen für beide Geschlechter gleichermaßen zu verstehen sind.

## Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen Personen danken, die mir während meiner Diplomarbeit mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich bei Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, die mich die gesamte Ausbildungszeit hindurch unterstützte.

(Ort), am (Datum)

---

(Unterschrift des Studenten)

## Kurzfassung

Der *Wettbewerbliche Dialog* ist ein Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Das Verfahren zielt u.a. auf die Vergabe großer Infrastrukturvorhaben oder PPP-Projekte im Hoch- und Tiefbau, bei denen es dem Auftraggeber objektiv nicht möglich ist, technische, finanzielle oder rechtliche Spezifikationen in ausreichendem Ausmaß anzugeben, um ein offenes oder nicht offenes Verfahren anzuwenden.

Der *Wettbewerbliche Dialog* bietet dazu dem Auftraggeber die Möglichkeit, in einer Dialogphase gemeinsam mit potenziellen Bietern Lösungen zu entwickeln, um sie anschließend zu einer konkreten Angebotslegung aufzufordern. Die Auftragsvergabe erfolgt auf Basis des Kriteriums des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots.

In Österreich kann der *Wettbewerbliche Dialog* seit dem Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2006 angewendet werden. Er wurde jedoch bisher kaum für die Ausschreibung öffentlicher Bauaufträge genutzt.

Die vorliegende Arbeit beleuchtet und bewertet dieses Sonderverfahren vor dem Hintergrund der europäischen und österreichischen Gesetzgebung sowie der bereits in Deutschland umgesetzten Projekte. Als Einführung mit praxisrelevanten Empfehlungen richtet sie sich an potenzielle Anwender. Ein fundierter erster Einstieg in die Thematik und eine neutrale Darstellung des Verfahrens mit seinen Vor- und Nachteilen ermöglichen es diesen, zu beurteilen, ob es sich für die Anwendung auf ein konkretes Projekt eignet.

## Summary

The *Competitive Dialogue* is an award procedure that can be used by public contracting authorities for the procurement of particularly complex public contracts. The procedure is aimed at the procurement of major infrastructure projects or PPP projects in structural and civil engineering. It can only be used if the contracting authority is not objectively able to define technical, financial or legal specifications required to carry out an open or restricted procedure.

Therefore, the *Competitive Dialogue* includes a dialogue stage in which the contracting authority cooperates with the bidders in developing solutions, based on which it may then invite them to submit a detailed offer. The procurement is based on the criterion of the most technically and economically advantageous tender.

In Austria, the *Competitive Dialogue* was introduced with the federal public procurement law (*Bundesvergabegesetz 2006*). However, until now the procedure has only rarely been used for procurements in the construction industry.

This thesis examines and evaluates this special award procedure against the background of the European and Austrian legislation as well as projects that have already been implemented in Germany. It aims to address potential users of the procedure, giving them an introduction to the subject matter and practical recommendations. Based on a neutral presentation of the procedure's assets and drawbacks, it offers them the opportunity to decide on the applicability of the procedure to specific projects.

## Inhaltsverzeichnis

<b>0</b>	<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
0.1	Thema der Arbeit .....	1
0.2	Motivation .....	1
0.3	Stand der Forschung .....	2
0.4	Ziel der Arbeit .....	3
0.5	Forschungsfragen .....	4
0.6	Methoden .....	5
0.7	Ausgangslage .....	5
0.8	Aufbau der Arbeit .....	6
<b>1</b>	<b>Begriffsklärung</b>	<b>8</b>
1.1	Was ist der Wettbewerbliche Dialog? .....	8
<b>2</b>	<b>Grundlagen des Vergaberechts – Rechtsgrundlagen</b>	<b>10</b>
2.1	Allgemeine Grundlagen .....	10
2.2	Vergaberechtliche Vorgeschichte auf dem Weg zum Wettbewerblichen Dialog .....	11
2.2.1	Ursprünge und Grundzüge des europäischen Vergaberechtes .....	11
2.2.2	Entstehungsgeschichte des Wettbewerblichen Dialogs .....	13
2.2.3	Der WD als zentraler Punkt des Legislativpakets der Europäischen Union zur Reform des Vergabewesens .....	16
2.3	Grundsätze des Vergabeverfahrens .....	18
2.3.1	Vergabefremde Aspekte – Sekundärzwecke der Vergabe .....	19
2.4	Arten der Vergabeverfahren .....	20
2.4.1	Exkurs: <i>Technischer Dialog</i> und <i>öffentliche Interessentensuche</i> – ein österreichischer Sonderfall zur Einbeziehung der Bieter? .....	21
<b>3</b>	<b>Die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs</b>	<b>22</b>
3.1	Die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs in Österreich .....	22
3.1.1	Erhebungsmethode .....	22
3.1.2	Ergebnisse der Erhebung zur Anwendungshäufigkeit des WD in Österreich für die Vergabe von Bauleistungen .....	23
3.2	Kurzdarstellung des Verfahrens .....	24
3.3	Auszug der aus dem BVerG bezüglich des WD .....	30
<b>4</b>	<b>4 Stufen im Wettbewerblichen Dialog im Detail</b>	<b>31</b>
4.1	STUFE 0 – Vorphase: Anwendbarkeit vs. sinnvolle Anwendung .....	32
4.1.1	Anwendungsvoraussetzungen: Wann <i>darf</i> man den WD anwenden? .....	33
4.1.2	Praktische Anwendbarkeit: Wann <i>soll</i> man den WD anwenden? .....	43
4.1.3	Vorbereitung des Vergabeverfahrens .....	46
4.1.4	Zeitplanung .....	47
4.2	STUFE 1: Teilnehmerermittlung .....	49
4.2.1	Bekanntmachung .....	50
4.2.2	Auswahl der Teilnehmer .....	54
4.3	STUFE 2: Dialogphase .....	57
4.3.1	Dialogeröffnung .....	58
4.3.2	Dialogrunden .....	60
4.4	STUFE 3: Auftragsvergabe .....	64
4.4.1	Aufforderung und Angebotslegung .....	64
4.4.2	Prüfung und Wertung der Angebote .....	65

4.5	Bewertung des WD und sein Vergleich zu anderen Vergabeverfahren ..67	
4.5.1	Chancen und Risiken.....67	
4.5.2	Stärken und Schwächen des WD im Vergleich zu anderen Vergabeverfahren.....68	
4.6	Herausforderungen bei der Anwendung des WD.....71	
<b>5</b>	<b>Zusammenfassung und Bewertung des Wettbewerblichen Dialogs</b>	<b>74</b>
<b>6</b>	<b>Fazit</b>	<b>78</b>
6.1	Fazit zu den Anwendungsvoraussetzungen.....78	
6.2	Fazit zur Anwendung.....78	
6.3	Fazit: WD im Vergleich zu anderen Verfahren.....79	
6.4	Das Risiko der Freiheit.....80	
<b>A.1</b>	<b>Anhang 1: Übersicht der Regelungen zum WD im BVergG 2006</b>	<b>81</b>
<b>A.2</b>	<b>Anhang 2: Erhebung zur Anwendungshäufigkeit des WD in Österreich</b>	<b>83</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>84</b>



## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 3.1 Die drei Stufen des Wettbewerblichen Dialogs nach PRIMIG. ....	25
Abbildung 3.2: Übersicht über die Stufen der Auftragsvergabe; eigene Darstellung	28
Abbildung 4.1: Übersicht über die Stufe 0 der Auftragsvergabe; eigene Darstellung.....	32
Abbildung 4.2: Entscheidungsbaum für Voraussetzungen für die Auswahl des Wettbewerblichen Dialogs als Vergabeverfahren nach PRIMIG .....	40
Abbildung 4.3: Übersicht über die Stufe 1 der Auftragsvergabe; eigene Darstellung.....	49
Abbildung 4.4: Übersicht über die Stufe 2 des WD; eigene Darstellung .....	57
Abbildung 4.5: Übersicht über die Stufe 3 der Auftragsvergabe; eigene Darstellung.....	64

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 3.1: Bekanntmachungen und Vergaben für Bauaufträge und Dienstleistungsaufträge mit Bauleistungsanteilen für Österreich von 1.1.2010 bis 25.10.2014 .....	23
Tabelle 3.2: Kurzübersicht relevanter Bestimmungen zum Wettbewerblichen Dialog im BVerG 2006 .....	30
Tabelle 4.1: Begründung der besonderen Komplexität als Anwendungsvoraussetzung des WD .....	39
Tabelle 4.2: Chancen und Risiken aus Sicht des Auftraggebers bei der Anwendung des wettbewerblichen Dialogs .....	68
Tabelle 4.3: Vergleich des Wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens .....	71
Tabelle A2.1: Dienstleistungen ohne Bauleistung und Lieferaufträge .....	83

## Abkürzungsverzeichnis

<b>AG</b>	Auftraggeber, Aktiengesellschaft
<b>AN</b>	Auftragnehmer
<b>BVergG</b>	Bundesvergabegesetz
<b>EG</b>	EG-Vertrag oder Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
<b>hL</b>	Herrschende Lehre
<b>OV</b>	Offenes Verfahren
<b>NOV</b>	Nicht offenes Verfahren
<b>SKR</b>	Sektorenrichtlinie
<b>VKR</b>	Vergabekoordinierungsrichtlinie
<b>WD</b>	Wettbewerblicher Dialog

## 0 Einleitung

### 0.1 Thema der Arbeit

Der *Wettbewerbliche Dialog* (WD) ist ein Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Seit dem Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes (BVerG) 2006 steht dieses Verfahren auch den österreichischen öffentlichen Auftraggebern und damit auch als Vergabeinstrument im Baubereich prinzipiell zur Verfügung. Nicht nur in Österreich fristet der WD jedoch auch Jahre nach seiner Einführung ein unscheinbares Randdasein in der Projektpraxis<sup>1</sup> und damit auch in der wissenschaftlichen Evaluation.<sup>2</sup> Die vorliegende Arbeit versucht, dieses vom BVerG 2006 im abseitigen Halbdunkel bereitgestellte Vergabeinstrument näher zu beleuchten.

### 0.2 Motivation

Als Motive dieser Abschlussarbeit sind berufliche, wissenschaftliche, persönliche und sachliche Gründe anzuführen. Dazu gehört die berufliche Tätigkeit des Autors in der Projektentwicklung und der Organisation bzw. Abwicklung von Architekturwettbewerben, an deren Beginn eine Mischung aus konträren Interessenslagen und vielfältigen Einflussfaktoren in komplexen Situationen, die eine enge und möglichst partnerschaftliche Zusammenarbeit vieler Akteure erfordern, zu bewältigen ist. Der Wettbewerbliche Dialog scheint unter bestimmten Voraussetzungen ein geeignetes Instrument zu sein, Herausforderungen zu meistern, die sich bei der Entwicklung größerer Immobilienprojekte ergeben.

Ein wesentliches Element des Wettbewerblichen Dialogs ist der kooperative Aspekt der Dialogphase. Dieser stellt einen bedeutenden Unterschied zu anderen Bieterverfahren dar. Bereits in der Abschlussarbeit des Soziologiestudiums untersuchte der Autor die Problematik der Kooperation insbesondere in der Baubranche. Diese Untersuchung fand sowohl strukturelle, rationaltheoretisch erklärbare Ursachen, wie auch sozialpsychologische Faktoren (Stichwort „Branchenhabitus“), welche bei der Etablierung kooperativer sowie vertrauensbasierender Handlungsweisen und Organisationsstrukturen sehr hinderlich wirken.<sup>3</sup> Dies zeigte sich nicht zuletzt bei einer Evaluation eines kombinierten Forschungs- und Beratungsprojektes zur Vernetzung von Unternehmen des Baugewerbes.<sup>4</sup> Vor diesem Forschungshintergrund erschien es interes-

<sup>1</sup> Vgl. Ergebnisse eigener Erhebungen zur Anwendungshäufigkeit im Kapitel 3 und im Anhang A1.

<sup>2</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 80ff.

<sup>3</sup> Vgl. GINDL, M.: Kooperationsprobleme des Baugewerbes am Weg zum ökologischen Sanierungsdienstleister.

<sup>4</sup> Vgl. TRITTHART, W. et al.: Dienstleistungsangebote des Baugewerbes zur Durchführung ökologischer Gebäudesanierungen. S. 147-180.

sant, zu untersuchen, wie in der für den WD zentralen Dialogphase Kooperations- und Vertrauensprobleme durch rechtliche Regelungen gelöst werden bzw. was sich in der Umsetzungspraxis tatsächlich ergibt.

Betrachtet man gesamtgesellschaftliche und wirtschaftspolitische Entwicklungen wie die Budgetprobleme des öffentlichen Sektors bzw. die daraus resultierende Notwendigkeit, bei großen Infrastrukturvorhaben private Investoren einbinden zu müssen, oder sozialtheoretisch den Trend der zunehmenden Interdependenz der Akteure bzw. den Trend der *funktionalen Demokratisierung*, wie er von ELIAS<sup>5</sup> beschrieben wird, so scheint der Wettbewerbliche Dialog ein zukunftsweisendes Vergabeinstrument zu sein, da er unter der Prämisse der Förderung von Öffentlichen-Privaten-Partnerschaften ins Leben gerufen wurde und in der Dialogphase bilaterale Grundprinzipien fördert.

### 0.3 Stand der Forschung

Zum Wettbewerblichen Dialog ergab die Recherche sowohl in den physischen als auch digitalen Beständen der Bibliotheken und Datenbanken folgendes Bild: Entsprechend der bisher nur vereinzelt Heranziehung des Wettbewerblichen Dialogs für die Vergabe von öffentlich ausgeschrieben Bauprojekten in Österreich konnten hauptsächlich juristische Beiträge in Fachpublikationen gefunden werden, die im Zuge einer allgemeinen Darstellung der Vergabefahren auch den Wettbewerblichen Dialog untersuchen. Vereinzelt finden sich auch Publikationen, die sich ausschließlich dem Wettbewerblichen Dialog in Form von Artikeln (oder Tagungsbeiträgen) widmen. Vornehmlich geschieht dies ebenfalls nur im Hinblick auf die vergaberechtlichen Aspekte bzw. die daraus analytisch theoretisch ableitbaren Bewertungen dieses Vergabeverfahrens, sowie seines Vergleiches zu anderen in Österreich bereits durchgeführten Verfahren. Da der Wettbewerbliche Dialog in Österreich erst seit wenigen Jahren angewendet werden kann und in der Praxis nur sehr selten angewendet wird, fehlt dazu die einschlägige Judikatur. Lediglich Urteile zu allgemeinen, verfahrensrechtlichen Fragen beziehen den Wettbewerblichen Dialog am Rande ein.<sup>6</sup> Im Bereich der Hochschulschriften ist vor allem die Arbeit von TRIEB<sup>7</sup> zu erwähnen, die zeitgleich mit der Arbeit von SCHWABE<sup>8</sup> an der Universität Bochum fertiggestellt wurde. Beide Arbeiten ähneln sich in Aufbau und Struktur und bieten nicht nur vor den jeweiligen nationalstaatlichen Rechtsgrundlagen einen Vergleich des damals gerade erst neu eingeführten WD mit dem Verhandlungsverfahren

<sup>5</sup> ELIAS, N.: Über den Prozeß der Zivilisation. Zweiter Band. S. 323 ff.

<sup>6</sup> Dazu wurden am 29.10.2014 Suchabfragen in der Rechtsdatenbank von Linde-Online durchgeführt: [www.linde.at](http://www.linde.at)

<sup>7</sup> TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren.

<sup>8</sup> SCHWABE, C.: Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren.

ren, sondern auch eine anschauliche Darstellung der rechtshistorischen Entstehungsgeschichte des Vergabewesens beider Länder, vor dem Hintergrund des gesamteuropäischen Einigungsprozesses, der zum Verständnis der Entstehungsgeschichte des WD eine erhellende Grundlage bietet.

Im Vergleich zu Österreich wurden in Deutschland bereits zahlreiche Projekte mittels Wettbewerblichen Dialogs ausgeschrieben und auch umgesetzt.<sup>9</sup> Im Vergleich zur Anzahl aller öffentlich oberhalb der entsprechenden Schwellenwerte europaweit ausgeschrieben Bauaufträge, wurde allerdings auch in Deutschland der WD nur sehr selten als Vergabeverfahren gewählt, so dass auch hier neben zahlreichen juristischen Publikationen nur vereinzelt empirische Erhebungen zu finden sind. Wertvoll für die vorliegende Arbeit sind mehrere sorgfältige empirische Ergebnisse der Fakultät für Bauingenieurwesen der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen von LOSKANT<sup>10</sup> und OSEBOLD<sup>11</sup>, die durch ihre projektübergreifende Sicht gemeinsam mit Publikationen zu Einzelprojekten die empirische Basis für die in dieser Arbeit formulierten Einschätzungen, Bewertungen und Empfehlungen zur Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs in Österreich darstellen.

#### 0.4 Ziel der Arbeit

Das Ziel der vorliegenden Masterarbeit ist es, den Wettbewerblichen Dialog als Vergabeinstrument vorzustellen. Die rechtlichen Vorgaben auf europäischer und österreichischer Ebene sollen dabei im Lichte der Einschätzungen vergaberechtlicher Fachliteratur als strukturelles Rückgrat dienen. Mangels ausreichender Zahlen und empirischer Studien zu österreichischen Projekten sollen mit wissenschaftlichen Methoden evaluierte Erfahrungen und darauf aufbauende Empfehlungen aus Projekten, die in Deutschland umgesetzt wurden, so gut wie möglich auf die teils ähnliche, teils abweichende österreichische rechtliche Situation umgelegt werden. Es soll ein Werk entstehen, das über die abstrakten Analysen der mehrheitlich juristischen Publikationen zum WD in Österreich hinausführt.

Über den Studienabschluss hinaus soll die Arbeit auch jenen dienen, die eine Einführung in die Anwendbarkeit des Vergabeverfahrens Wettbewerblicher Dialog in Österreich suchen. Abgesehen davon soll neben seiner bereits vorhandenen juristischen Besprechung durch die Verknüpfung der Vorgaben des europäischen und des österreichischen Gesetz-

<sup>9</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 66ff.

<sup>10</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle.

<sup>11</sup> OSEBOLD, R.; LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog – Erste Praxiserfahrungen mit dem Partnerschaftsmodell für öffentliche Auftraggeber. In: Bauingenieur (Band 84.), 9/2009. S. 386-391.

gebers mit den Empfehlungen aus deutschen Projekten ein Brückenkopf für die derzeit noch kaum entwickelte Vergabepraxis in Österreich aufgebaut werden.

An dieser Zielsetzung und dem Umstand der mangelnden wissenschaftlichen Aufarbeitung der österreichischen Praxisanwendung des Wettbewerblichen Dialogs sowie den für eine Masterarbeit zu beschränkenden Umfang bzw. Methodenrahmen orientiert sich auch der Aufbau der vorliegenden Arbeit.

Die rechtlichen Vorgaben der europäischen und der österreichischen Gesetzgebung bilden das strukturelle Grundgerüst, auf dem die Empfehlungen für Österreich aufgebaut sind. Dabei werden die Ähnlichkeiten und Abweichungen der österreichischen und deutschen Gesetzgebung berücksichtigt. Diese Vorgehensweise verfolgt einerseits das Ziel, dem rechtlich ungeschulten Leser ein gegenüber der juristisch analytischen Fachliteratur konkreteres und greifbareres Bild dieses neuen Vergabeverfahrens zu vermitteln. Andererseits soll darüber hinaus auch potenziellen Anwendern in Österreich ein an der erst zu entwickelnden Praxis orientierter grober Leitfaden gegeben werden, der nicht nur Auskunft über die juristischen Regelungen und deren Auslegbarkeit bietet, sondern darüber hinaus durch Rückgriff auf die Erfahrungen aus Deutschland Anhaltspunkte gibt, wo die Regelungen Interpretations- und Gestaltungsspielräume offen lassen bzw. ganz fehlen.

## 0.5 Forschungsfragen

- Wozu wurde der Wettbewerbliche Dialog eingeführt?
- Welche Vor- und Nachteile hat der WD laut Vergabeexperten aus rein rechtlicher Sicht? Welche Vor- und Nachteile hat er aus praktischer Sicht?
- Wo liegt sein rechtlich *möglicher* Anwendungsbereich oder wann „*darf*“ man den WD anwenden? Wo liegt sein in der *Praxis sinnvoller* Anwendungsbereich oder wann *soll* man den WD anwenden?
- Welche Stärken und Schwächen hat der WD gegenüber anderen Vergabeverfahren?
- Was sind die größten Herausforderungen bei seiner Anwendung bzw. welche Fähigkeiten und Kompetenzen sollte der Auftraggeber selbst mitbringen?
- Warum wurde der WD bisher nur vereinzelt angewendet?
- Welche Empfehlungen können formuliert werden, um die Anwendung des WD zu fördern?

## 0.6 Methoden

Vor dem Hintergrund der geringen Anzahl der in Österreich mit Hilfe des WD umgesetzten Vergabeverfahren<sup>12</sup> und der daraus resultierenden Datenlage wurde das Forschungsvorhaben mit einem Methodenmix aus Literaturrecherche in Fachbüchern der Bibliotheksbestände, Fachzeitschriften, Tageszeitungen, Gesetzestexten auf nationaler und europäischer Ebene und deren Kommentaren, Dissertationen, Onlinedatenbanken,<sup>13</sup> Expertengesprächen bzw. Telefonrecherchen sowie Datenerhebungen zur Anzahl der in Österreich oberhalb des Schwellenwertes ausgeschriebenen Vergaben in der Vergabepattform TED der Europäischen Union<sup>14</sup> durchgeführt.

## 0.7 Ausgangslage

Die klassischen Vergabeverfahren offenes und nicht offenes Verfahren, die es vor der Einführung des WD im öffentlichen Sektor gab und auch heute noch verfügbar sind, schränken den Kontakt zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vor und während des Verfahrens stark ein bzw. schließen ihn bewusst aus (dies schränkt auch die in der Bauwirtschaft auf Unternehmerseite vorhandenen Ressourcen stark ein). Der WD hingegen bietet die Möglichkeit, dieses bis dato brachliegende Potenzial in den grundlegenden Phasen der Entwicklung eines Projektes zu integrieren.

Das Verhandlungsverfahren bot bereits vor 2006 die Möglichkeit, von Verhandlungen zur gemeinsamen Optimierung, dies jedoch zu einem nach Angebotslegung sehr späten Zeitpunkt, zu dem grundlegende Entscheidungen längst getroffen sind.

Die Bedeutung des Umgangs mit frühen Entscheidungen ist dem Autor aus seiner beruflichen Tätigkeit als Objektplaner und Prozessbegleiter von Immobilienprojektentwicklungen in der Praxis bekannt. Diese frühen Festlegungen betreffen nicht nur die unter Technikern, Vergabejuristen und Betriebswirten zumeist stark fokussierten technischen, rechtlichen und finanziellen Aspekte eines Projektes, sondern auch die Auswahl der Projektteams, der Prozess*architektur* sowie der Kultur, mit dieser Prozess*architektur* umzugehen. So wie ein Gebäude von verschiedenen Menschen unterschiedlich kultiviert bewohnt werden kann, lässt die *Architektur* eines Vergabeprozesses unterschiedliche Team*kulturen* zu. In Analogie zum Tanz zweier Menschen, bei dem nicht nur die Länge der Knochen und die Winkelmaße der Gelenke über das erzielbare Tanzni-

<sup>12</sup> Vgl. Ergebnisse der eigenen Erhebungen in Kapitel 3.1

<sup>13</sup> <http://produkte.lexisnexis.at/LexisNexisOnline>, [www.linde.at](http://www.linde.at), <http://link.springer.com>

<sup>14</sup> TED (Tender European Daily). <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>. Datum des Zugriffs: 16.10.2014.



veau entscheiden, sondern auch die Muskeln, die Fähigkeiten, die emotionale Anspannung und der Habitus der Tänzer, so bietet ein vom Gesetzgeber relativ offen definiertes Vergabeverfahren wie der WD, jenseits der juristischen Regelungen sehr viel Gestaltungsspielraum. Wie letztlich ein Dialog geführt wird, ob Vertrauen zwischen Partnern entstehen kann, und ob von allen Beteiligten Know-how zur Projektoptimierung eingebracht wird oder Angst vor Missbrauch der Informationen dies verhindert und damit jeden Innovationgedanken im Keim erstickt, hängt auch von diesen *weichen* Faktoren ab. Diese Arbeit soll ein um diese weichen Faktoren angereichertes Bild der Anatomie des WD vermitteln.

## 0.8 Aufbau der Arbeit

Im Sinne dieser **Ausrichtung an der Praxis** wurde eine Gliederung der Arbeit gewählt, die dem Nutzer einen **schnellen Zugriff** auf die einzelnen Phasen der Durchführung eines Wettbewerblichen Dialogs bieten soll.

Am **Beginn** steht nach einer **Begriffsklärung** eine Einführung in die **Grundlagen des Vergaberechtes**, die mit einem kurzen Blick auf Zusammenhänge zwischen den Entstehungsgeschichten des europäischen und des österreichischen Vergaberechtes einen fundierten Hintergrund zu den zentralen Herausforderungen und Zielsetzungen geben soll. Andererseits werden auch den daraus folgenden Grundprinzipien des öffentlichen Vergabewesens im Allgemeinen sowie einem Grundverständnis für die Herausbildung des WD als neues Vergabeformat im Speziellen Raum gegeben.

Die Kapitel 3 und 4 bilden den **Hauptteil** der Arbeit. Er konzentriert sich auf die **Struktur** und die **Anwendung des Wettbewerblichen Dialoges** und wählt eine Gliederung, die an seinen chronologischen Ablauf in einzelnen Phasen angelehnt ist. Nach einem kurzen Überblick über den Gesamttablauf (Kapitel 3) wird jede der einzelnen Phasen nach ähnlichem Muster dargestellt. Dabei wird für jede Phase eine Darstellung der rechtlichen Vorgaben und deren Auslegung auf Basis der bereits vorhandenen einschlägigen juristischen Fachpublikationen zur Situation in Österreich gegeben. Der **eigentliche Mehrwert dieser Arbeit** besteht in der **Verknüpfung der abstrakten juristischen Analysen mit realitätsnahen Erfahrungen und Empfehlungen** aus Deutschland. Dort wurde der Wettbewerbliche Dialog bereits deutlich öfter durchgeführt<sup>15</sup> als in Österreich.<sup>16</sup> Die dort gewonnenen Praxiserfahrungen und Empfehlungen auf Basis empirischer Erhebungen werden dabei auf die österreichi-

<sup>15</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 66 ff.

<sup>16</sup> Siehe Anhang A2 dieser Arbeit: Ergebnisse eigener Erhebungen zur Anzahl der im Rahmen von Wettbewerblichen Dialogen ausgeschriebenen Aufträge in Österreich.

sche Rechtslage umgelegt und gegebenenfalls angepasst und sollen ein deutlich plastischeres Bild zur Anwendung dieses relativ neuen Vergabeverfahrens geben als der vor allem theoretisch geführte Diskurs in Österreich.

Nach einer Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Arbeit in Kapitel 5 stehen **abschließend** in Kapitel 6 eine **Gesamtbewertung** des Verfahrens und ein Ausblick auf seine Entwicklungspotenziale.

## 1 Begriffsklärung

### 1.1 Was ist der Wettbewerbliche Dialog?

Der Wettbewerbliche Dialog (WD) wurde 2004 von der Europäischen Union als neues viertes Vergabeverfahren neben den klassischen Vergabeverfahren offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren für die Vergabe besonders komplexer Aufträge durch öffentliche Auftraggeber eingeführt. Im Gegensatz zu den bis dahin bestehenden Verfahren bietet der WD dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, mit geeigneten Bietern in einer speziellen Dialogphase gemeinsam Mittel und Wege für die optimale Umsetzung Bedürfnisse und Ziele des Auftraggebers zu erarbeiten, bevor diese Bieter auf Basis ihrer Lösungsansätze ihre Angebote legen. Die Legaldefinition für den *Wettbewerblichen Dialog* liefert Art. 1 Abs.11 lit c der Vergaberichtlinie 2004/18/EG:

*„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 Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage bzw. Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.“<sup>17</sup>*

Auch im Verhandlungsverfahren sind bis zu einem gewissen Grad Gespräche zwischen öffentlichem Auftraggeber (ÖAG) und Bieter zur Optimierung der Vergabevereinbarung möglich. Der entscheidende Unterschied zum WD liegt vor allem im Zeitpunkt dieses Austausches. Werden die Ausschreibungsunterlagen beim Verhandlungsverfahren vom Auftraggeber ohne Kontakt zu den Bietern erstellt und finden die Verhandlungen mit den Bietern erst statt, nachdem diese ihre Angebote gelegt haben, sieht der Wettbewerbliche Dialog Gespräche vor der Angebotslegung vor, um die bei den privaten Unternehmen vorhandene Lösungskompetenz im technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bereich in einer möglichst frühen Phase zu nutzen.<sup>18</sup>

Grundsätzlich ist der WD als Sonderverfahren konzipiert.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber definiert im § 34 BVergG Abs. 1 seine Anwendung gegenüber den

<sup>17</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsbl. EU Nr. L 134 vom 30.4.2004.

<sup>18</sup> Man könnte die Gegenüberstellung des älteren Verhandlungsverfahrens und neueren Wettbewerblichen Dialogs auch tendenziell mit den beiden unterschiedlichen strategischen Ansätzen *End-of-the-Pipe*-Technologien und dem Integriertem Umweltschutz vergleichen. Ersterer versucht mit Filtern und Katalysatoren einzugreifen, wenn bereits die wichtigsten verfahrenstechnischen Prozesse (bspw. Verbrennung im Motorraum) geschehen sind, während der integrierte Umweltschutz möglichst früh (via Nutzerverhalten, Alternativtechniken...) in den Entscheidungsprozess einzugreifen versucht.

<sup>19</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 481.

klassischen Verfahren (offenes Verfahren und nicht offenes Verfahren) als subsidiär. D. h., erst wenn diese beiden Verfahren aus Sicht des Auftraggebers nicht anwendbar erscheinen, darf der WD angewendet werden.

## 2 Grundlagen des Vergaberechts – Rechtsgrundlagen

### 2.1 Allgemeine Grundlagen

#### Wozu Vergaben und Vergaberecht?

**Öffentliche Einrichtungen** sind auf die **Unterstützung von privaten Unternehmen angewiesen**, da sie nur bis zu einem gewissen Ausmaß durch „Eigenleistung“ in der Lage sind, ihre obliegenden Aufgaben zu erfüllen. Dies kann durch Beschaffung von Dienstleistungen und materiellen Gütern erfolgen, wobei die Größenordnung von täglichen Gebrauchsgütern bis hin zu Großinfrastrukturprojekten reichen kann.<sup>20</sup> Tritt der öffentliche Auftraggeber als Kunde auf und schließt mit Anbietern privatrechtliche Verträge, wird diese Art der Beschaffung „öffentliche Auftragsvergabe“ genannt.<sup>21</sup> Um **Missbrauch** durch den Auftraggeber, Korruption und Vetternwirtschaft auf Kosten der Allgemeinheit bzw. des Steuerzahlers zu verhindern bzw. zu **erschweren**, braucht es rechtliche Regelungen in Form des Vergaberechts.

Dieser Themenkomplex kann unterschiedlich unterteilt werden. Für die thematische Abgrenzung dieser Arbeit ist vorab eine Gliederung nach folgenden Bereichen hilfreich:<sup>22</sup>

- Vergabeverfahrensrecht
- Verfahrensrechtsschutz
- Zivilrechtliche Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen Auftragnehmern und Auftraggebern regeln.

Die **vorliegende Arbeit** beschäftigt sich ausschließlich mit dem **Vergabeverfahrensrecht**.

Eine andere Möglichkeit der Unterteilung sind Rechtsebenen auf Basis **territorialer Wirkungsbereiche**, wobei diese Unterscheidung auch weitestgehend mit einer Hierarchie der Wirksamkeit dieser Ebenen einhergeht. Nachfolgende Zusammenhänge können für das Vergabewesen im Allgemeinen bzw. den Wettbewerblichen Dialog im Besonderen als relevant bezeichnet werden.

Das **nationale österreichische Vergaberecht** ist durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union eingebettet in den **transnationalen Rechtskomplex der EU**, welcher seinerseits durch **internationale Verträge**, wie beispielsweise durch den Beitritt der EU zur Welthandelsor-

<sup>20</sup> Vgl. HALOUBEK, M.; FUCHS, C.; WEINHANDL, M.: Vergaberecht. S.1.

<sup>21</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog. S. 10.

<sup>22</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog. S. 10.

ganisation WTO (eng. World Trade Organisation) auch abhängig von internationalen Vereinbarungen<sup>23</sup> sowie völkerrechtlichen Verträgen ist.<sup>24</sup>

Da einerseits die **wirtschaftspolitischen Ziele** des europäischen Einigungsprozesses sowie die damit einhergehenden Grundprinzipien (im Wesentlichen das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten) die Genese des *Wettbewerblichen Dialogs* begünstigten, und andererseits die zur Erreichung dieser Ziele notwendige dynamische Weiterentwicklung des EU-Rechts bzw. seine Richtlinienkompetenz entsprechend seiner übergeordneten Stellung den Hauptantrieb für die dynamische Entwicklung der nationalen und damit auch der österreichischen Gesetzgebung darstellt, lohnt es sich, in dieser Einführung vorerst ein paar Schritte vom konkreten Forschungsobjekt WD zurückzutreten, um aus der zeitlichen und räumlichen Distanz die *genetische* Herkunft des *Wettbewerblichen Dialogs* zu erkennen und so hoffentlich eine bessere Bewertung seines derzeitigen Daseins am Rande des Geschehens im Vergabewesen zu ermöglichen. Dem vornehmen Ziel dieser Arbeit entsprechend könnte dies am Ende eine neue, offenere und positivere Sicht auf seine zukünftige Bedeutung bzw. seine Anwendungsmöglichkeiten eröffnen.

## 2.2 Vergaberechtliche Vorgeschichte auf dem Weg zum Wettbewerblichen Dialog

Hier soll nun kurzer Abriss zur Genese des Wettbewerblichen Dialogs bzw. seiner Implementierung auf Ebene der europäischen und österreichischen Gesetzgebung vor dem Hintergrund der wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen gegeben werden.

### 2.2.1 Ursprünge und Grundzüge des europäischen Vergaberechts

Mit der **Zielsetzung** der Europäischen Gemeinschaft, einen gemeinsamen **Binnenmarkt** zu etablieren<sup>25</sup>, wurde es notwendig, die Märkte der Staaten nicht nur für grenzüberschreitende Beauftragungen durch privatwirtschaftliche Auftraggeber zu öffnen, sondern auch den Bereich des öffentlichen Auftragswesens aufgrund seines großen wirtschaftlichen Gewichtes und wohl auch wegen der erwarteten wirtschaftspolitischen Einflussmöglichkeiten zu vereinheitlichen.<sup>26</sup> Von grundlegender Bedeutung für die Öffnung der Märkte ist dabei der Vertrag zur Gründung der

<sup>23</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Wettbewerblicher Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 19

<sup>24</sup> Vgl. BERGER, VORNAMENKÜRZEL: Rechtsquellen. In: Handbuch Vergaberecht. S. 2.

<sup>25</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung): Art. 2.

<sup>26</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996) 583 vom 27.11.1996. S.1. – Vgl. BERGER o.V.: Rechtsquellen. In: Handbuch Vergaberecht. S. 1.

Europäischen Gemeinschaft (im Folgenden „*EG-Vertrag*“), der als äußerer Rahmen sogenannte **primärrechtliche Regelungen** beinhaltet und auch die Grundlage für die Vergabevorschriften in der Gemeinschaft darstellt. Das *Grünbuch*<sup>27</sup> der Europäischen Kommission zum Öffentlichen Vergabewesen aus dem Jahr 1996<sup>28</sup> nennt dabei namentlich folgende Grundsätze aus dem **EG-Vertrag** (in der nachfolgenden Aufzählung kurz „EG“):

- Das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG)
- Die Grundfreiheiten
  - Die Freiheit des Warenverkehrs (Art. 28 EG)
  - Die Freiheit des Personenverkehrs (Art. 39 EG)
  - Die Freiheit der Niederlassung (Art. 43 EG)
  - Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EG)
  - Die Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 56 EG)

Zwar sieht der EG-Vertrag noch keine explizite Verpflichtung zur Förderung des Wettbewerbes vor, doch hat seine Festsetzung der abstrakten Grundfreiheiten teils sehr konkrete Auswirkungen auf die viel dynamischere Ebene des **Sekundärrechtes** bzw. der **Richtlinien**, da diese den Vorgaben des Primärrechtes nicht widersprechen dürfen. Darüber hinaus stützen sich Urteile des Europäischen Gerichtshofes in ihrer Auslegung der Richtlinien auf das übergeordnete Primärrecht.

Die Verankerung der Grundsätze zur Förderung des Wettbewerbes im EG-Vertrag, der ansonsten das Auftragswesen bis heute nur am Rande erwähnt,<sup>29</sup> liegt wohl an der ursprünglichen Fokussierung der Marktöffnung auf den rein privatwirtschaftlichen Sektor, wobei man anschließend die Grundfreiheiten als geeignete Grundsätze für die Öffnung des öffentlichen Sektors adaptierte.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> „Ein Grünbuch ist ein Diskussionspapier der Europäischen Kommission zu einem bestimmten Thema“, es beinhaltet „insbesondere Vorlagen für Verordnungen und Richtlinien mit dem Zweck, auf diesem Gebiet eine öffentliche und wissenschaftliche Diskussion herbeizuführen und grundlegende politische Ziele in Gang zu setzen“ EUROPE DIRECT STEINFURT: Was ist ein Grünbuch? In: <http://www.eu-direct.info/faq/eu-gesetzgebungs-verfahren-16/was-ist-ein-gruenbuch-67.html>. Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

<sup>28</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996) 583 vom 27.11.1996. S. 4.

<sup>29</sup> Vgl. SCHWABE; C.: Wettbewerblcher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren. S. 48.

<sup>30</sup> Vgl. SCHWABE, C.: Wettbewerblcher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren. S. 48.

## 2.2.2 Entstehungsgeschichte des Wettbewerblichen Dialogs

Die **Ursprünge des Wettbewerblichen Dialogs** finden sich ebenfalls im genannten Grünbuch<sup>31</sup> zum öffentlichen Auftragswesen der EU-Kommission 1996. In Zusammenhang mit der Entwicklung und Errichtung großer technischer Infrastruktureinrichtungen, wie beispielsweise den transeuropäischen Netzen (TEN), gab es **folgende Widersprüche** zu bewältigen: Auf der einen Seite versuchte die EU große, staatenübergreifende Infrastrukturplanungen voranzutreiben und es gab die willkommene **Bereitschaft von privatwirtschaftlich** agierenden Unternehmen, sich **aktiv** und **investiv** an der Entwicklung dieser **Großprojekte zu beteiligen** bzw. in Risikobereiche einzutreten, die bis dahin den öffentlichen Auftraggebern alleine zugeordnet waren. Auf der anderen Seite wirkten die bis dahin **etablierten Vergabeverfahren zu starr**, womit sie auf Investoren eine abschreckende Wirkung hatten.<sup>32</sup> Die Unternehmerseite, die in die Erörterungen und Befragungen dieses Grünbuches eingebunden wurde, beklagte, dass gerade in der Projektvorbereitung bzw. -konzeption der Spagat zwischen einer optimalen Einbindung der Unternehmen und den damals verfügbaren öffentlichen Vergabeverfahren nicht befriedigend gelöst werden konnte.

Als Lösungsansatz wurde „ein fachlicher Dialog zwischen der Vergabestelle und den interessierten privaten Unternehmen“<sup>33</sup> als erforderlich beschrieben.

Dass der *Wettbewerbliche Dialog* in unmittelbarem Zusammenhang mit den Herausforderungen zur Umsetzung der **Infrastrukturplanungen** (TEN) in den 1990er-Jahren steht, findet sich heute noch in den Legaldefinitionen seines Anwendungsbereiches, wonach der WD für die Vergabe „besonders komplexe[r] Aufträge“<sup>34</sup> vorgesehen ist und hier explizit bedeutende Verkehrsinfrastrukturprojekte in Erwägung gezogen wurden.<sup>35</sup>

Bereits zu diesem Zeitpunkt wurde der Wettbewerbliche Dialog stark im Zusammenhang mit Public-Private-Partnership-Projekten (**PPP**) bzw.

<sup>31</sup> Die von der Kommission veröffentlichten Grünbücher sollen auf europäischer Ebene Denkanstöße zu spezifischen Themen liefern. Sie richten sich hauptsächlich an interessierte Kreise (Einrichtungen, Einzelpersonen...), die damit zur Teilnahme an einem Prozess der Konsultation und Debatte auf der Grundlage der im Grünbuch enthaltenen Vorschläge aufgefordert werden. In einigen Fällen geben sie den Anstoß zur Erarbeitung von Rechtsvorschriften, die dann in Weißbüchern erläutert werden. Siehe dazu [http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/green\\_paper\\_de.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/green_paper_de.htm). Datum des Zugriffs: 20.10.2014.

<sup>32</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996) 583 vom 27.11.1996. Nicht überarbeitete Fassung. S. 43.

<sup>33</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996) 583 vom 27.11.1996. Nicht überarbeitete Fassung. S. 44.

<sup>34</sup> § 34 BVergG.

<sup>35</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005. S. 3. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.



Projekten im Rahmen Öffentlich-Privater-Partnerschaften (**ÖPP**) wahrgenommen.

Die strikte Fokussierung in den klassischen Vergabeverfahren *offenes Verfahren*, *nicht offenes Verfahren* und *Verhandlungsverfahren*, missbrauchsförderliche Kontakte möglichst zu vermeiden bzw. im Verhandlungsverfahren erst möglichst spät zu erlauben, schien den neuen Anforderungen, Innovationspotenziale durch Kooperationen zwischen öffentlichem Auftraggeber und privaten Bietern auszuschöpfen, diametral entgegen zu stehen. So kam man im *Grünbuch* aus dem Jahr 1996 unter anderem zu folgendem Rückschluss:

*„In zahlreichen Beiträgen wurde die Feststellung der Kommission bestätigt, dass in besonders komplexen und in ständiger Entwicklung begriffenen Märkten, wie z.B. im Bereich der Hochtechnologie, die Auftraggeber zwar ihren Bedarf kennen, aber im Vorhinein nicht die beste technische Lösung identifizieren können, um ihn zu decken. Daher erweisen sich in solchen Fällen Diskussionen über den Auftrag und den Dialog zwischen Auftraggebern und Anbietern als notwendig.“<sup>36</sup>*

Die Hauptanliegen der Kommission im Bereich Vergaberecht wurden zu diesem Zeitpunkt der beginnenden intensiven Reformbestrebungen im genannten Grünbuch wie folgt zusammengefasst:<sup>37</sup>

- 1) Ein durch **Liberalisierung** bzw. Realisierung der Grundfreiheiten **leistungsfähiges** und effizient organisiertes **Beschaffungswesen**.
- 2) Schaffung erforderlicher Wettbewerbsbedingungen, damit öffentliche Aufträge ohne Diskriminierung vergeben werden.
- 3) Die rationale Verwendung öffentlicher Mittel durch Wahl des **besten Angebotes**.
- 4) Zugang der Unternehmen zu einem gemeinsamen, **möglichst großen Markt**.
- 5) Stärkung der **Wettbewerbsfähigkeit** der europäischen Unternehmen.

Der **Begriff** des *Wettbewerblichen Dialogs* etablierte sich ab 1998 in den Papieren zur Reformdiskussion des europäischen Vergabewesens sowie in der einschlägigen Literatur.<sup>38</sup> Bereits im Vorfeld zum eigentlichen Gesetzgebungsverfahren, das im Jahr 2000 starten und erst 2004 abgeschlossen werden sollte, wurde der WD bereits als neues *Standardver-*

<sup>36</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union. Mitteilung der Kommission, KOM (1998) 143 endg, Brüssel vom 11.03.1998., S. 8.

<sup>37</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union. Mitteilung der Kommission, KOM (1998) 143 endg, Brüssel vom 11.03.1998. S. Iff.

<sup>38</sup> Vgl. SCHWABE, C.: Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren.

*fahren für besonders komplexe Aufträge vorgeschlagen, welches das bereits bestehende Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Anhörung aus Sicht der Kommission vollständig ersetzen sollte. Wie schwierig sich die Verhandlungen der Kommission mit Parlament und Rat sowie den beteiligten Ausschüssen tatsächlich gestalteten (es war die Zustimmung beider Gremien erforderlich, dies nicht zuletzt auch wegen der Diskussion um ein adäquates Vergabeprozedere für komplexe Projekte), zeigt sich darin, dass zur letztlichen Einigung der Vermittlungsausschuss bemüht werden musste.*

Hinsichtlich der Vergabe besonders komplexer Aufträge standen drei Varianten im Raum:

1. Der WD wird als eigenständiges neues viertes Verfahren neben den bestehenden etabliert.
2. Der WD ersetzt das bereits bestehende Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.
3. Das neue Verhandlungsverfahren wird für den Anwendungsbe-  
reich besonders komplexer Aufträge mit zusätzlicher Flexibilität  
und neuen Instrumenten ausgestattet.

Hinter diesen drei genannten Varianten ging es um teils sehr konkrete Fragen, wie die Vergabe komplexer Projekte vonstattengehen kann, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber am Beginn des Vergabeverfahrens noch nicht angeben kann, mit welchen technischen Mitteln und zu welchen finanziellen und rechtlichen Konditionen er seine Ziele optimal umsetzen kann. Die Fragen drehten sich um konkrete Themen, wie beispielsweise:

- Wie kann ein **kooperatives Miteinander** zwischen AG und AN in der frühen Angebotsphase ermöglicht werden und gleichzeitig ein Missbrauch verhindert werden, der zur Verletzung grundlegender **Prinzipien des Vergaberechts** (Wettbewerb, Fairness, Diskriminierungsverbot, Transparenz, ...) führt?
- **Wie flexibel** muss ein Verfahren zur Erkundung neuer, innovativer Lösungswege ausgelegt werden, damit dieser Anspruch tatsächlich gelebt werden kann? Wo braucht es gleichzeitig klare Regelungen zum Schutz vor Missbrauch, Raub von Betriebsgeheimnissen, Manipulation oder Korruption?
- Ob, und wenn ja, in welcher Form und Höhe sollten **Entschädigungen** an die Bieter für die Teilnahme an einem derart aufwendigen Vergabeprozess geleistet werden?

Die Feinabstimmung im Verhandlungsprozess mag für Nichtjuristen teilweise schwer nachvollziehbar sein, wenn es beispielsweise bei der Definition der Anwendungsvoraussetzungen um die Frage ging, ob der WD für *außergewöhnlich komplexe* oder aber für *besonders komplexe* Aufträge vorgesehen sein soll.<sup>39</sup>

Letztendlich zeugen die langwierigen Abstimmungsprozesse und das beinahe detailbesessene Gezerre um einzelne Begriffe nicht allein von **Interessenskonflikten** der Diskutanten, sondern auch von der Herausforderung, an sich widersprüchliche Anforderungen unter einen Hut zu bringen. Ein Vergabeverfahren wie der Wettbewerbliche Dialog soll einerseits einen möglichst hohen Grad an **Standardisierung, Objektivität, Messbarkeit** und damit letztendlich Vorhersehbarkeit für einen Prozess bringen, der andererseits jedoch Dinge in ihrer Entstehung fördern soll, die man **laut Definition** seines Anwendungsbereiches gar **nicht vorhersehen** kann. Dies erinnert an die **paradoxe Situation**, mit der sich die Grundlagenforschung immer mehr konfrontiert sieht, wo bereits im Forschungsantrag definiert sein soll, was erst durch Forschung entdeckt werden kann.

Die Diskussion spiegelt damit, neben dem redlichen Bemühen um die Optimierung eines neuen Vergabeverfahrens auf Basis der Grundsätze der Europäischen Wertegemeinschaft, auch die grundlegende Schwierigkeit des Rechtswesens wider: die widersprüchlichen Anforderungen zwischen Form (Verfahren) und Inhalt (politische Ziele) mit ihren ureigenen Mitteln vollkommen auflösen zu können. Die für die Dialogphase, dem Kernstück des neuen Verfahrens, geringe Regelungsdichte und die damit vorgesehenen Gestaltungsspielräume erscheinen so eine adäquate Herangehensweise zu sein.

### 2.2.3 Der WD als zentraler Punkt des Legislativpakets der Europäischen Union zur Reform des Vergabewesens

Das Legislativprojekt der Europäischen Union zur Reformierung des Vergabewesens wurde am 31.3.2004 erlassen. Es baut auf den Erlass von zwei Vergaberichtlinien auf:

- Vergabekostenrichtlinie (VKR) oder Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zu Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge für den öffentlichen Sektor
- Sektorenrichtlinie (SKR) jetzt Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich

<sup>39</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren und SCHWABE, C.: Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren.

der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

Beide Richtlinien traten am 31.4.2004 in Kraft.<sup>40</sup> Da der Wettbewerbliche Dialog nur in der VKR angeführt ist, wird der subjektive (persönliche) Anwendungsbereich auf öffentliche Auftraggeber eingeschränkt.

Als Richtlinien geben die VKR und die SKR die zeitliche und inhaltlichen Rahmenbedingungen vor, innerhalb derer die einzelnen Staaten Gesetze verabschieden müssen, um die in den Richtlinien vorgegebenen Regelungen umzusetzen. Geschieht dies durch den nationalen Gesetzgeber nicht und nur unzureichend, wird ein Vertragsverletzungsverfahren von Seiten der Europäischen Kommission eingeleitet.

### 2.2.3.1 Umsetzung in Österreich durch das BVergG 2006

Für die gesetzliche Umsetzung sahen die VKR und SKR Fristen bis zum 31.1.2006 vor. In Österreich geschah diese Umsetzung mit Inkrafttreten des **Bundesvergabegesetzes 2006** am 1.2.2006.<sup>41</sup> Es regelt sowohl die **Vergabeverfahren** als auch den **Rechtsschutz** zu diesen Verfahren und enthält darüber hinaus **zivilrechtliche Bestimmungen** zum Verhältnis der Auftraggeber zu ihren Auftragnehmern.<sup>42</sup> Der Vergaberechtsschutz wird im BVergG 2006 jedoch nur für den Bundesbereich festgelegt, sodass die Bundesländer verpflichtet wurden, ihre Landesgesetze zum Rechtsschutz bis zum 1. Jänner 2007 an die Regelungen des Bundesvergabegesetzes anzupassen.<sup>43</sup>

#### Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich des BVergG

Das Bundesvergabegesetz regelt alle Leistungsvergaben unabhängig vom Auftragswert (**sachlicher Geltungsbereich**) öffentlicher Auftraggeber und der Sektorenauftraggeber (**subjektiver Geltungsbereich**).<sup>44</sup>

§ 3 BVergG 2006 definiert den Begriff des öffentlichen Auftraggeber, „*das sind:*

1. *Bund, Länder, die Gemeinden, und Gemeindeverbände*
2. *Einrichtungen, die*

<sup>40</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 21

<sup>41</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 14f.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Aufzählung unter 2.1 allgemeine Grundlagen; TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren. S. 19.

<sup>43</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 15.

<sup>44</sup> Vgl. TRIEB: Wettbewerblicher Dialog und Vergabeverfahren. S. 20.

- a) *zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und*
- b) *zumindest teilrechtsfähig sind und*
- c) *überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne zur Erledigung öffentlicher Aufgaben nicht gewerblicher Art und von der öffentlichen Hand kontrolliert werden.*<sup>45</sup>

Diese Aufzählung orientiert sich an der Haltung des EuGH<sup>46</sup>, der im Streitfall den öffentlichen Auftraggeber nicht streng institutionell definiert, sondern anhand seiner funktionellen Rolle. Es geht daher weniger darum, ob der einzelne Auftraggeber formell in die Verwaltungsebenen eingegliedert ist, als um nachstehende Kriterien der „Staatsnähe“ wie:<sup>47</sup>

- Ernennung der Organe durch die öffentliche Hand
- Finanzielle Beherrschung
- Beaufsichtigung durch staatliche Organe

Schwierig zu lösen ist oftmals die Zuordnung, ob ein Unternehmen als „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 des BVergG zu qualifizieren ist bzw. auf diesen Auftraggeber das anzuwenden ist. Lt. EuGH müssen alle unter § 3 Abs. 1 Z 2 angeführten Kriterien zutreffen.<sup>48</sup>

### 2.3 Grundsätze des Vergabeverfahrens

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG müssen alle Vergabeverfahren nicht nur nach den im Bundesgesetz vorgesehenen spezifischen Regelungen zu Anwendungsvoraussetzungen und Durchführung abgewickelt werden, sondern darüber hinaus auch nachstehenden Grundsätzen entsprechen.<sup>49</sup>

- Die Beachtung gemeinschaftlicher Grundfreiheiten (siehe dazu Punkt 2.2.1)
- Das Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot
- Die Grundsätze des freien, lautereren Wettbewerbes
- Die Vergabe zu angemessenen Preisen

<sup>45</sup> § 3 Abs. 1 Z. 1 und Z. 2 BVergG.

<sup>46</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 17.

<sup>47</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 16

<sup>48</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 17f.; für weiterführende Erörterungen der Zuordnungsfrage siehe a. a. O. S. 17ff.

<sup>49</sup> Vgl. § 19 Abs. 1 BVergG.

- Tatsächliche Absicht zur Auftragsvergabe
- Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen

Diese Grundsätze haben den Zweck eines Prüfmaßstabes, der im Rahmen von Vergabeverfahren zur Anwendung kommt. Wird gegen sie verstoßen, so hat dies Schadenersatzansprüche oder Nichtigkeit zur Folge.<sup>50</sup>

### **2.3.1 Vergabefremde Aspekte – Sekundärzwecke der Vergabe**

„Vergabefremde Kriterien dienen eher der Verwirklichung politischer Zielsetzungen, als dem Ziel [eines] unmittelbaren finanziellen oder wirtschaftlichen Vorteils für den Auftraggeber.“<sup>51</sup> Aufgrund ins Politische reichender Dimensionen ist zu erwarten, dass „vergabefremde Aspekte“ für Auftragsvergaben im Rahmen eines WD eine im Vergleich zu anderen Vergabearten größere Bedeutung erlangen, da besonders komplexe Projekte von ungleich größeren wirtschafts- und sozialpolitischen Auswirkungen motiviert werden können. So verlockend es für staatliche Auftraggeber auf den ersten Blick erscheinen mag, durch die Beauftragung von Großprojekten regionalwirtschaftliche Zielsetzungen bzw. Unternehmen im eigenen Staatsgebiet zu fördern, stehen diesem Ansinnen zunächst die weiter oben genannten Grundprinzipien des Vergaberechtes bzw. die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot auf europäischer Ebene entgegen. Ganz konkret verstoßen sie aber auch gegen § 19 Abs. 2 und 3 BVergG, welche explizite Teilnahmebeschränkungen bezüglich der Staatsangehörigkeit, des Warenursprungs sowie andere gebietsmäßige Beschränkungen sowie auf einzelne Berufsstände verbieten.<sup>52</sup>

Aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive wurde zwar postuliert, das öffentliche Mittel durch die Wahl des günstigsten Angebotes optimal eingesetzt werden sollen bzw. ein optimales Preis-Leistungsverhältnis erzielt werden sollte. Es wird jedoch auch betont, dass im Rahmen eines Vergabeverfahrens gewisse Spielräume gegen sein sollten, damit sogenannte Sekundärzwecke berücksichtigt werden können.<sup>53</sup> Dies geschah vor dem Hintergrund der zunehmenden Thematisierung von umweltbezogenen und sozialen Problemen.<sup>54</sup> Das BVergG geht in § 19 Abs. 5 auf diese Umweltdimension ein:

<sup>50</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren. S. 21; CASATI, C.: Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe. S. 108.

<sup>51</sup> TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren. S. 25.

<sup>52</sup> § 19 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG.

<sup>53</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 58.

<sup>54</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Vergabeverfahren. S. 25.

*„Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen.“<sup>55</sup>*

Die soziale Dimension eines Auftrages wird im nachfolgenden Abs. 6 erwähnt und nennt explizit die Berücksichtigung der Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, Langzeitarbeitslosen, Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie *„Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange.“<sup>56</sup>*

## 2.4 Arten der Vergabeverfahren

Dem öffentlichen Auftraggeber stehen für die Vergabe verschiedene Verfahrenstypen zur Auswahl. Deren Anwendbarkeit ist vom Auftragsvolumen und vom Auftragsstyp abhängig. Entsprechend wird in § 19 BVergG festgeschrieben, dass jede öffentliche Vergabe nach einem in diesem Bundesgesetz *„vorgesehenen Verfahren [...] durchzuführen“<sup>57</sup>* ist. Die Wahlfreiheit nimmt dabei mit zunehmenden Auftragsvolumen ab. Grundsätzlich gilt, dass im Unterschwellenbereich der Zugang zu anspruchloseren Verfahren leichter möglich ist, d. h. eine Ausschreibung ist aufgrund des geringen Auftragsvolumens nicht europaweit.

Unter § 25 wird definiert, dass *„die Vergabe von Aufträgen über Leistungen [...] im Wege“<sup>58</sup>* der nachstehend aufgelisteten Verfahren zu erfolgen hat:

1. Offenes Verfahren
2. Nicht offenes Verfahren mit/ohne Bekanntmachung
3. Verhandlungsverfahren mit/ohne Bekanntmachung
4. Wettbewerblicher Dialog
5. Rahmenvereinbarung
6. Dynamisches Beschaffungswesen
7. Direktvergabe

Für die Vergabe von Bauaufträgen im Oberschwellenbereich sind die ersten vier genannten Verfahren von Bedeutung, wobei in der vorliegenden Arbeit nur auf den Wettbewerblichen Dialog genau eingegangen wird.

<sup>55</sup> § 19 Abs. 5 BVergG.

<sup>56</sup> § 19 Abs. 6 BVergG.

<sup>57</sup> § 19 Abs. 1 BVergG.

<sup>58</sup> Vgl. § 25 BVergG

### 2.4.1 Exkurs: *Technischer Dialog* und *öffentliche Interessentensuche* – ein österreichischer Sonderfall zur Einbeziehung der Bieter?

Nach AICHER<sup>59</sup> und TRIEB<sup>60</sup> wurde in Österreich bereits in den 1980er-Jahren ein Vorgabeprozedere eingeführt, das als ferner Vorfahre des Wettbewerblichen Dialogs anmutet. Die sogenannte *öffentliche Interessentensuche* wurde 1981 als Ergänzung zur alten, aus dem Jahr 1957 stammenden ÖNORM A2050 per Ministerialerlass eingeführt und versuchte bereits ein Vierteljahrhundert vor Einführung des Wettbewerblichen Dialogs eine frühe Einbindung des Know-hows privater Anbieter. Gemäß TRIEB verfasst der Unternehmer auf Basis von Lösungsvorschlägen, die von interessierten und kompetenten Unternehmern eingereicht worden sind, eine einheitliche Leistungsbeschreibung.<sup>61</sup> Diese Verfahrensweise entspricht der groben Beschreibung des technischen Dialogs entsprechend dem 8. Erwägungsgrund der VKR. Demnach sollte öffentlichen Auftraggebern vor Einleitung eines Vergabeverfahrens über Stellungnahmen die Möglichkeit eingeräumt werden, auf das technische Know-how interessierter Unternehmer zurückzugreifen.<sup>62</sup> Im Gegensatz zum Wettbewerblichen Dialog war jedoch nur die Ausarbeitung eines einzigen Lösungsvorschlags bis hin zum konkret kalkulierten Angebot vorgesehen. Im Unterschied zum WD war die öffentliche Interessentensuche dafür gedacht, dass der Auftraggeber aufgrund der Lösungsvorschläge der Bieter ein Leistungsverzeichnis erstellt.<sup>63</sup> Anders klingt die Beschreibung der öffentlichen Interessentensuche bei AICHER. Er skizziert ein Verfahren, bei dem die Unternehmen untereinander Angebote legten.<sup>64</sup> Diese Darstellung gäbe mehreren Lösungen gleichzeitig bis zur konkreten Angebotsausarbeitung und damit einem Wettstreit der besten Lösungen Raum.

<sup>59</sup> AICHER, J.: Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP? In: Österreichische Gemeindezeitung, 9/2005.

<sup>60</sup> TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren.

<sup>61</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Vergabeverfahren. S. 53.

<sup>62</sup> Vgl. Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsbl. EU Nr. L 134 vom 30.4.2004. S. 115.

<sup>63</sup> Vgl. AICHER, J.: Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP? In: Österreichische Gemeindezeitung, 9/2005. S.1

<sup>64</sup> Vgl. AICHER, J.: Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP? In: Österreichische Gemeindezeitung, 9/2005. S. 1.



### 3 Die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs

Nach einer kurzen Präsentation der Ergebnisse einer empirischen Erhebung zu den bisher in Österreich durchgeführten Wettbewerblichen Dialogen in Kapitel 3.1 wird unter Kapitel 3.2 eine Übersicht über den Verfahrensablauf gegeben, die als Lageplan zum Gesamtablauf für die Detaildarstellungen in Kapitel 4 dient. Im Anschluss an die Vorstellung unterschiedlicher Betrachtungsweisen des Verfahrensverlaufs wird eine Erweiterung des vorhandenen dreistufigen Schemas vorgeschlagen, die die Entscheidung für oder gegen die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs erleichtern soll.

#### 3.1 Die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs in Österreich

Wie oft wurde der Wettbewerbliche Dialog bisher in Österreich als Vergabeinstrument verwendet? Diese Frage steht in diesem Abschnitt zunächst im Vordergrund. Sie soll mithilfe einer empirischen Datenanalyse beantwortet werden, deren Ergebnisse im Anschluss an die Datenerhebungsmethode präsentiert werden.

##### 3.1.1 Erhebungsmethode

Bei der Erhebung handelt es sich um eine quantitative Analyse von Daten, die der europäischen Vergabeplattform European Tenders Daily (TED)<sup>65</sup> entnommen wurden. Um diese Plattform nutzen zu können, ist es zunächst erforderlich, einen individuellen Account anzulegen. Erst dann kann auf alle Veröffentlichungen auf der Plattform zugegriffen werden. Die Suche kann nach verschiedenen Auftragsarten, Vergabeverfahren und Staaten gefiltert werden.

Für Österreich sind erst Daten ab dem Jahr 2010 verfügbar, wobei auch Verfahren angezeigt werden, die bereits im Jahr 2009 durchgeführt wurden. Das Zeitfenster der analysierten Daten erstreckt sich vom 1.1.2010 bis zum 25.10.2014, den Tag der Abfrage. Jene Treffer im Jahr 2010, die mit Bekanntmachungsdatum 2009 angezeigt wurden, wurden ebenfalls in die Analyse miteinbezogen.

Zunächst wurde die Anzahl der im Rahmen eines WD ausgeschriebenen Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferaufträge für jedes Jahr abgefragt. Anschließend wurden die Treffer einzeln begutachtet. Dabei zeigte sich, dass Bauleistungen auch im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen ausgeschrieben wurden. Aufgrund der übersichtlichen Anzahl der

<sup>65</sup> Der Zugangslink zur Plattform lautet: [www.ted.europa.eu](http://www.ted.europa.eu)

Vergaben im Wettbewerblichen Dialog konnte eine Tabelle erstellt werden, in der die gesamten Aufträge enthalten sind. Im folgenden Abschnitt werden nun die Ergebnisse zu den Abfragen zur Kategorie „Bauleistung“ und die auf Basis der manuellen Auswertung gefundenen Treffer von Dienstleistungsaufträgen mit Bauleistungsanteilen in getrennten Spalten dargestellt. Die Gesamtergebnisse der Auswertung jener Aufträge, die wiederum keinen Bauleistungsanteil aufweisen, werden in Anhang A.2 separat angeführt.

### 3.1.2 Ergebnisse der Erhebung zur Anwendungshäufigkeit des WD in Österreich für die Vergabe von Bauleistungen

Die nachstehende Tabelle zeigt eine Übersicht aller in den Jahren 2010 bis 2014 auf der europäischen Vergabepattform *Tenders European Daily (TED) gemeldeten Wettbewerblichen Dialoge* für die Vergabe von Bauaufträgen bzw. Dienstleistungsaufträgen mit Anteilen von Bauleistungen.

Bauleistung und Dienstleistung mit Bauleistung							
		Bauleistungen		DL mit Anteil von Bauleistungen		Summe	Summe
Jahr	Auftraggeber	BM*	VG**	BM	VG	BM	VG
2009	Gemeinde Koblach	1				1	
2010	Gemeinde Koblach		1				1
2011	BIG			1	1	1	1
2012	BIG			1		1	
2013	BIG				1		1
2013	Marktgemeinde Telfs	1				1	
2014	Gemeinde Söll			1		1	
<b>Summe Bekanntmachungen und Vergaben</b>						<b>5</b>	<b>3</b>

\* Bekanntmachungen

\*\* Vergaben

\*\*\* Dienstleistungen

**Tabelle 3.1: Bekanntmachungen und Vergaben für Bauaufträge und Dienstleistungsaufträge mit Bauleistungsanteilen für Österreich von 1.1.2010 bis 25.10.2014<sup>66</sup>**

Die geringe Anzahl der Einträge verdeutlicht, dass dieses Verfahren in Österreich bisher nur vereinzelt angewendet wurde. Es sind alle Auftraggeber aufgelistet, die im Zeitraum 1.1.2010 bis 25.10.2014 eine Bekanntmachung oder eine Auftragsvergabe in der Kategorie „Bauleistung“ oder der Kategorie „Dienstleistungen“, jedoch mit einem bei Durchsicht der Dokumente ersichtlichen Anteil von Bauleistungen auf der Europäischen Vergabepattform *Tenders European Daily (TED)* veröffentlichten.

<sup>66</sup> TED (TENDERS EUROPEAN DAILY): In: <http://ted.europa.eu/TED/search/searchResult.do>. Zeitraum der Abfragen: 1.1.2010-25.10.2014

Im Erhebungszeitraum 2010 bis 2011 wurden in Österreich lediglich zwei reine Bauaufträge im Rahmen eines WD vergeben, wovon nur jener der *Gemeinde Kohlbach* tatsächlich zu einer Vergabe führte. Darüber hinaus sind drei Veröffentlichungen von Dienstleistungsanträgen vorhanden, aus deren Bekanntmachung zu entnehmen ist, dass sie Anteile von Bauleistungen enthalten. Davon führten bisher nur zwei zu einer Auftragsvergabe. Werden die Aufträge ohne Bauleistungsanteil hinzugezählt – die Erhebungsergebnisse sind im Anhang A.2 dargestellt – so wurde der Wettbewerbliche Dialog in Österreich insgesamt auf 15 Bekanntmachungen und zehn Vergaben angewendet. Diese marginale Anwendungshäufigkeit deckt sich mit dem bei Recherchegesprächen gewonnenen Eindruck, dass dieses Verfahren in Österreich kaum bekannt ist. Lediglich Vergabegerichte bei großen öffentlichen Auftraggebern brachten den Begriff mit einem Vergabeverfahren für Großaufträge in Verbindung. Den folgenden Kapiteln kommt somit unter anderem die vornehmliche Aufgabe zu, diese Situation für die interessierte Leserschaft zu verändern.

### 3.2 Kurzdarstellung des Verfahrens

Dieser **Hauptabschnitt** widmet sich in chronologischer Reihenfolge den einzelnen Verfahrensschritten des Wettbewerblichen Dialogs. Wie wird die Durchführung des WD in der Fachliteratur beschrieben? Dazu werden drei unterschiedliche Darstellungsweisen vorgestellt, die Klarheit über den Verlauf des Verfahrens schaffen sollen.

Vorab sei angemerkt: Die vorhandene Fachliteratur verwendet unterschiedlich feine Unterteilungen in Stufen und Phasen. So kann es für den Einsteiger besonders verwirrend sein, dass in manchen Abhandlungen zum WD der Begriff der „Phase“ mehrdeutig verwendet wird. TRIEB spricht von der Dialogphase an sich und teilt diese wiederum in weitere „Phasen“.<sup>67</sup>

Das österreichische Bundesvergabegesetz 2006 ordnet die Verfahrensschritte des Wettbewerblichen Dialogs grob den §§ 160, 161 und 162 zu. PRIMIGs Aufteilung in drei Stufen ist an diese Gliederung angelehnt, wobei seine Bezeichnungen dieser Stufen für den Einsteiger verständlicher erscheinen sollten als die vom Gesetzgeber gewählten Paragraphen. Er schlägt folgende Bezeichnungen vor:

1. *Teilnehmerermittlung*
2. *Dialogphase und*
3. *Auftragsvergabe*

<sup>67</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren, S. 80ff.

Diese gliedert er wiederum in Unterabschnitte, wie sie in der nachfolgenden Abbildung 3.1 dargestellt sind.<sup>68</sup>

Die drei Hauptstufen des Wettbewerblichen Dialogs nach PRIMIG:

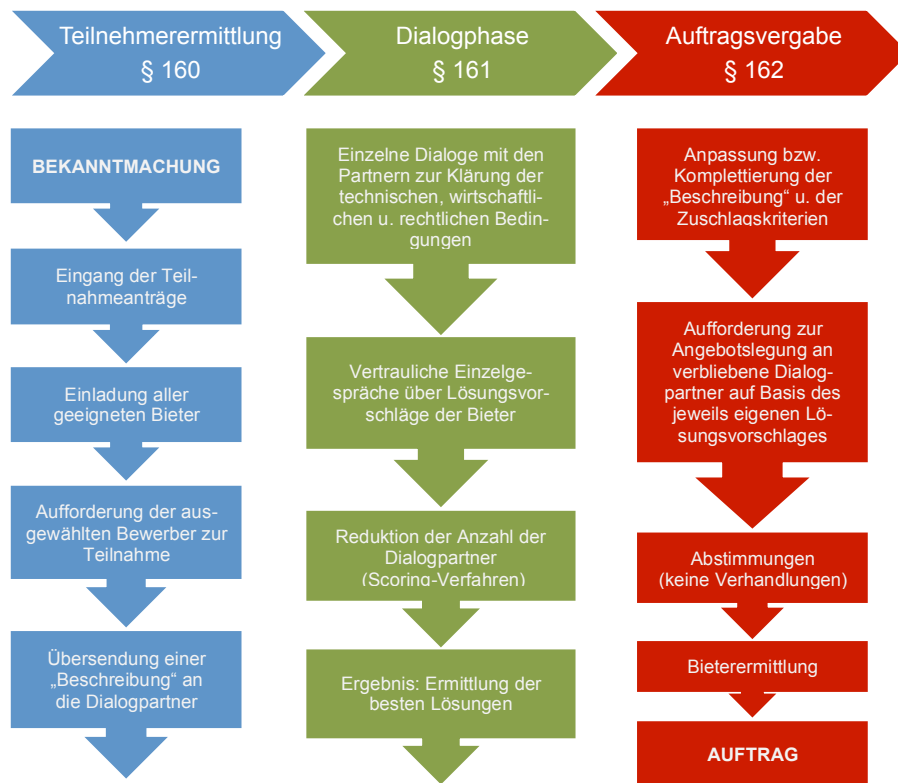


Abbildung 3.1 Die drei Stufen des Wettbewerblichen Dialogs nach PRIMIG.<sup>69</sup>

Im Folgenden werden noch zwei weitere Gliederungssysteme angeführt, die für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind.

<sup>68</sup> PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 495

<sup>69</sup> Die Grafik entspricht dem Prozessablauf von PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S.485.

HAUSMANN und BULTMANN legen in ihrem Leitfaden nachstehende Prozessabschnitte fest:<sup>70</sup>

- 1. Bekanntmachung, ggf. mit Beschreibung der Angebotsanforderungen**
- 2. Teilnahmewettbewerb**
- 3. Dialogphase**
  - a. Aufforderung zur Teilnahme am Dialog
  - b. Auswahl von Lösungsvorschlägen
- 4. Förmlicher Abschluss der Dialogphase**
- 5. Angebotsphase**
  - a. Abgabe endgültiger Angebote
  - b. Ggf. Präzisierungen/Klarstellungen/Ergänzungen zu den Angeboten
  - c. Angebotswertung
  - d. Ggf. Erläuterungen weiterer Einzelheiten des wirtschaftlichsten Angebots oder Bestätigung von Zusagen.
- 6. Zuschlagserteilung**

LOSKANT beschreibt sechs Phasen und legt diese auch seinen empirischen Studien zu bereits durchgeführten Vergabeverfahren zugrunde:<sup>71</sup>

- 1. Aufforderungsphase**
- 2. Auswahlphase**
- 3. Dialogphase**
- 4. Angebotsphase**
- 5. Wertungsphase**
- 6. Zuschlag**

<sup>70</sup> HAUSMANN, F.; BULTMANN, P.: PPP im Hochbau. Vergaberechtsleitfaden. S. 31. [http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualität/WU-PPP/Downloads/DL\\_vergaberechtsleitfaden\\_ppp\\_hochbau.pdf?blob=publicationFile&v=2](http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualität/WU-PPP/Downloads/DL_vergaberechtsleitfaden_ppp_hochbau.pdf?blob=publicationFile&v=2). Datum des Zugriffs: 20.10.2014.

<sup>71</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog vor dem Hintergrund der Partnerschaftsmodelle. S. 45.

Für die Gliederung der vorliegenden Arbeit lag es nahe, sich auf das Schema von PRIMIG zu beziehen, da er sich ebenfalls mit der Situation in Österreich beschäftigt und sich am österreichischen Bundesvergabegesetz orientiert.<sup>72</sup> Allerdings wird PRIMIGs dreistufiges Schema um eine vorangehende „Stufe 0“ ergänzt. Diese Stufe umfasst die Phase vor dem Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens. Durch die explizite Benennung soll ihr die gebührende Aufmerksamkeit von Anfang an zukommen, die sie aus Sicht des Autors insbesondere bei komplexen Großprojekten unbedingt verdient. LOSKANTs empirische Untersuchungen bestätigen diese Auffassung. Nicht nur eine gute Vorbereitung dieses Vergabeverfahrens ist von entscheidender Bedeutung für den erzielbaren Projekterfolg. Vielmehr ist in dieser Frühphase vor allem die grundsätzliche Entscheidung zu treffen, ob der Wettbewerblichen Dialog überhaupt als Vergabeverfahren herangezogen wird. Diese Entscheidung beruht auf zwei Fragerichtungen, die wie zwei Seiten einer Medaille miteinander verbunden sind:

- 1) Die Frage des Juristen nach dem „**Dürfen**“ oder „**Müssen**“:  
Darf das Vergabeinstrument gemäß den gesetzlichen Regelungen angewendet werden?
- 2) Die Frage des Praktikers nach der grundsätzlichen **Sinnhaftigkeit**:  
Soll der Wettbewerbliche Dialog als Vergabeverfahren eingesetzt werden? Ist er das geeignetste Instrument hinsichtlich der Projektziele?

In Anbetracht der geringen Zahl in Österreich umgesetzter Projekte ist die Sicht von Fachjuristen die dominante Betrachtungsweise des Wettbewerblichen Dialogs. Der Fokus liegt daher auf der Frage der Anwendungsvoraussetzungen. Diese Frage ist heikel, da einerseits die gesetzlichen Vorgaben zu diesem Punkt relativ weite Interpretationsspielräume zulassen und zu diesem relativ neuen Verfahren eine klärende Rechtsprechung fehlt, und andererseits Großprojekte als Anwendungsbereich mit juristischen Risiken und potenziell großen Klage- und Schadenssummen verbunden werden.

Die Wichtigkeit einer Klärung dieser Fragen sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass neben der juristischen Eignung die „unternehmerische“ Eignung des Verfahrens von zumindest ebenso großer, wenn nicht noch grundlegenderer Bedeutung ist. Es stellt sich die Frage, ob im Wettbewerblichen Dialog die zu den inhaltlichen Projektzielen passende Vergabefunktionalität überhaupt gegeben ist. Es sollte sich im Verlauf

<sup>72</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 485ff.

dieser Arbeit zeigen, dass diese Betrachtungsrichtung die Entscheidung für oder gegen den WD in manchen Situationen deutlich erleichtert.

Letztlich sind beide Fragen eng miteinander verbunden, da die juristischen Risiken unmittelbare Auswirkungen auf die „unternehmerischen“ Ambitionen bzw. Risikobetrachtungen haben.

Wird daher das dreistufige Schema von PRIMIG um die „Stufe 0“, in deren Vordergrund die Klärung dieser Fragen steht, ergänzt, sieht das neue Schema folgendermaßen aus:

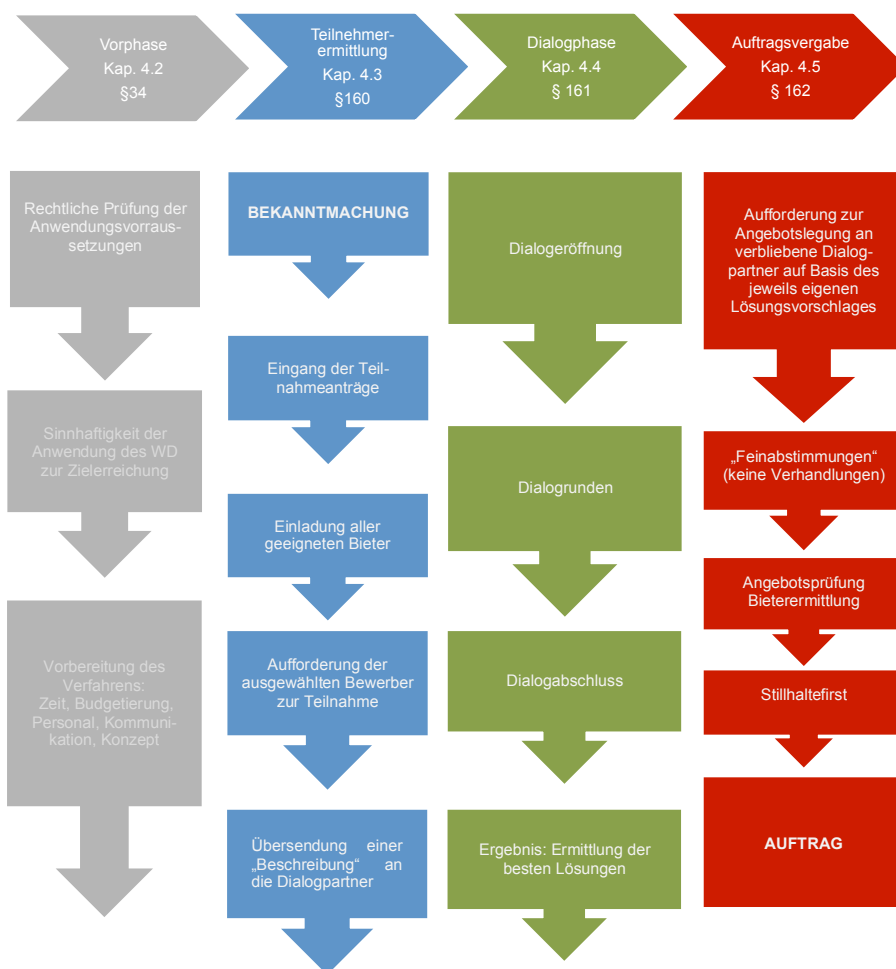


Abbildung 3.2: Übersicht über die Stufen der Auftragsvergabe; eigene Darstellung<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG, S. 485.

Aufgrund der Erfahrungen aus Deutschland und den daraus resultierenden Empfehlungen kann sich die Untergliederung der einzelnen Stufen im Detail von PRIMIGs Vorgaben unterscheiden.

Während sich LOSKANT in seinen Untersuchungen möglichst symmetrisch sowohl mit der Auftraggeber- als auch mit der Auftragnehmerseite beschäftigt, wendet sich die vorliegende Arbeit hauptsächlich an den Anwender des WD in der Rolle des Auftraggebers. Daher werden in den folgenden Ausführungen die Bewertungen und Empfehlungen hauptsächlich für diese Seite abgegeben. Nichtsdestotrotz ist der Autor zu der Auffassung gelangt, dass für eine weitere Verbreitung dieses jungen Vergabeverfahrens die Aktivierung des Interesses auf beiden Akteursseiten hilfreich wäre, und so soll gerade bei den Handlungsempfehlungen für Auftraggeber die andere Seite der Bieter mit ihren Bedürfnissen mit einbezogen werden.



### 3.3 Auszug der aus dem BVerG bezüglich des WD

Die nachstehende Aufstellung soll einen raschen Überblick über die Paragraphen, die das BVerG für den WD vorsieht, geben. Eine umfassendere Zusammenstellung der spezifischen Bestimmungen zum WD im BVerG ist im Anhang A.1 zu finden.

<b>Kurzübersicht relevanter Bestimmungen zum Wettbewerblichen Dialog im BVerG 2006</b>		
<b>§</b>	<b>Bezeichnung gemäß Inhaltsverzeichnis im BVerG</b>	<b>Anmerkungen</b>
<b>§25 Abs. 9</b>	Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen	<b>Legaldefinition</b> des wettbewerblichen Dialoges
<b>§34</b>	<b>Wahl des wettbewerblichen Dialoges</b>	Definiert die Anwendungsvoraussetzungen Inkl. Verweis auf § 98 Abs. 2
<b>7. Abschnitt: Bestimmungen über den wettbewerblichen Dialog</b>		
<b>§ 159</b>	Allgemeines	Zentraler Abschnitt für Verweise zu anderen Paragraphen aus dem BVerG, die für den WD relevant sind.
<b>§ 160</b>	Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog	Abs.1 u. 2: Bekanntmachung Abs.3 u. 4: Teilnahme Abs. 5: Teilnahmeanträge Abs. 6. U. 7.: Auswahl u. Anzahl der Teilnehmer Abs. 7.: Aufforderung zur Teilnahme
<b>§ 161</b>	Dialogphase	Ziele und Regelungen zur Dialogphase.
<b>§ 162</b>	Aufforderung zur Angebotsabgabe und Vergabe des Auftrages	Verweise auf §§ 131, 132, 138, 139, 140

Tabelle 3.2: Kurzübersicht relevanter Bestimmungen zum Wettbewerblichen Dialog im BVerG 2006

## 4 4 Stufen im Wettbewerblichen Dialog im Detail

Nach der Kurzdarstellung der Struktur des Verfahrens werden in diesem Kapitel die vier Stufen bis zur Vergabe durch den WD im Detail dargestellt. Zum Einstieg nochmals eine kurze Beschreibung der einzelnen Stufen:

In „Stufe 0“ oder „**Vorphase**“ sollten die rechtlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Verfahrens überprüft, die Sinnhaftigkeit hinsichtlich der Praktikabilität, insbesondere in Hinsicht auf die alternative Abwicklung eines Verhandlungsverfahrens überlegt und die notwendigen Vorbereitungen inklusive der Definition von Zielen und Bedürfnissen unternommen werden.

In „Stufe 1“ erfolgt die **Teilnehmerauswahl**. Diese erstreckt sich von der Bekanntmachung über ein Präqualifikationsverfahren zur Ermittlung der am besten geeigneten Bieter bis zur Übersendung einer *Beschreibung* an die ausgewählten Dialogpartner.

In „Stufe 2“ vollzieht sich der Kernprozess des Verfahrens, der eigentliche **Dialog** zur kooperativen Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen zur Erreichung der Ziele.

In „Stufe 3“ werden nach einer allfälligen Komplettierung der Beschreibung und geringfügigen Anpassung der Zuschlagskriterien von den Bietern erstellte **Angebote** vom Auftraggeber **bewertet** sowie das beste Angebot ermittelt bzw. an den besten Bieter ein **Auftrag erteilt**.

#### 4.1 STUFE 0 – Vorphase: Anwendbarkeit vs. sinnvolle Anwendung

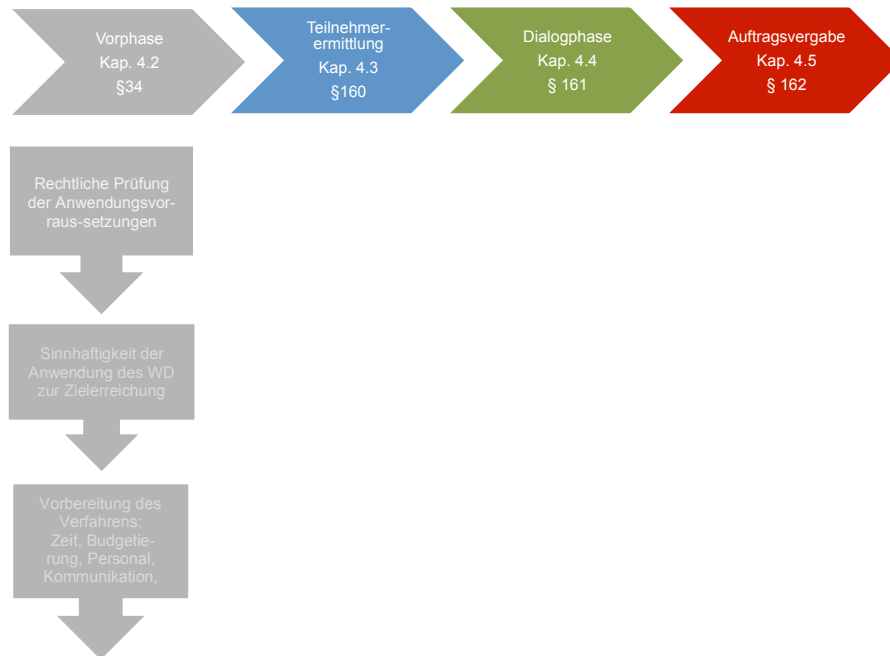


Abbildung 4.1: Übersicht über die Stufe 0 der Auftragsvergabe; eigene Darstellung

Der Beschreibung des eigentlichen Vergabeverfahrens soll die Vorbereitungsphase vorangestellt werden, die zum Tragen kommt, bevor das Verfahren im Sinne des Gesetzgebers überhaupt beginnt. Dieser im weiteren Verlauf mit „Phase 0“ bezeichnete Abschnitt hat in mehrfacher Hinsicht für die Umsetzung des Wettbewerblichen Dialogs eine tragende Rolle.

Erstens ist die Klärung seiner Anwendungsvoraussetzungen vom juristischen Standpunkt aus gesehen eine für sich als komplex zu bezeichnende Fragestellung.

Zweitens muss sich der Auftraggeber die Frage stellen, ob es überhaupt sinnvoll ist, diesen Weg zu gehen, da das Verfahren sehr zeit- und kostenaufwendig ist, vom Auftraggeber ein hohes Ausmaß an Kompetenzen verlangt und für einen längeren Zeitraum personelle Ressourcen bindet.

Drittens zeigen empirische Untersuchungen, dass – wenn sich der Auftraggeber tatsächlich entschieden hat, den Weg des Wettbewerblichen Dialogs zu gehen – eine gute Projektvorbereitung für den späteren Projekterfolg von entscheidender Bedeutung ist.

#### 4.1.1 Anwendungsvoraussetzungen: Wann *darf* man den WD anwenden?

Aus juristischer Sicht teilt sich die Frage nach den Anwendungsvoraussetzungen in zwei Teilen. Einerseits ist es die Frage nach dem persönlichen oder subjektiven Anwendungsbereich, wonach zu klären ist, wer als Anwender des Wettbewerblichen Dialoges auftreten kann. Dies scheint nach dem österreichischen Bundesvergabegesetz relativ klar geregelt zu sein. Andererseits stellt sich die Frage nach dem sachlichen Anwendungsbereich oder danach, unter welchen Voraussetzungen oder Umständen der Wettbewerbliche Dialog angewendet werden dürfe. Die Beantwortung dieser Frage ist komplexer und soll daher in den folgenden Abschnitten näher beleuchtet werden.

##### 4.1.1.1 Persönlicher Anwendungsbereich – welche Auftraggeber dürfen den WD anwenden?

Dieser Abschnitt behandelt die Voraussetzungen laut dem EU-Recht sowie der österreichischen Gesetzgebung. Des Weiteren werden juristische Einschätzungen der selbigen besprochen.

##### EU-Recht

**Nur in der VKR** zur Anwendung bei **öffentlichen Auftraggebern** ist der Wettbewerbliche Dialog als neues, neben den drei bis dahin bereits etablierten „klassischen“ Verfahren, offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren vorgesehen.

Für **Sektorenauftraggeber** sieht die SKR jedoch nur die anderen Verfahren vor.<sup>74</sup> Die EU-Kommission begründet dies damit, dass Sektorenauftraggebern mit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb in der Verfahrensausgestaltung analoge Möglichkeiten zum WD zur Verfügung stehen würden. TRIEB interpretiert dies als „*Hintertür*“ für Sektorenauftraggeber, den WD dennoch anwenden zu können.<sup>75</sup>

HEIERMANN hingegen geht in seiner Argumentation sogar soweit, dass er aufgrund der übergeordneten Zielsetzung der Richtlinien, nämlich der Schaffung von möglichst viel Wettbewerb, den nationalen Gesetzgebern zugesteht, den WD sogar für Sektorenauftraggeber explizit freizugeben.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Vgl. PÜNDER, H.; FRANZIUS, I.: Auftragsvergabe im Wettbewerblichen Dialog. In: ZfBR 1/2006. S. 20f.

<sup>75</sup> Vgl. TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren. S. 57.

<sup>76</sup> HEIERMANN sieht den Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers soweit gegeben, als er nur nicht über die Zielsetzungen der Vergaberichtlinien hinausgehen darf. Dies sei mit der Anwendung auf den Sektorenbereich in Analogie zur VKR nicht der Fall. (Vgl. HEIERMANN, W.: Der Wettbewerbliche Dialog. In: ZfBR 8/2005. S. 769.)

## Umsetzung im österreichischen BVergG

Der österreichische Gesetzgeber hält sich jedoch hinsichtlich des subjektiven Anwendungsbereiches strikt an die expliziten Vorgaben der EU-Richtlinien und erlaubt den WD nur für den öffentlichen Auftraggeber, nicht jedoch für den Sektorenauftraggeber<sup>77</sup>, auch wenn es gerade in diesem Bereich zur Vergabe *besonders komplexer Aufträge* kommen kann.<sup>78</sup>

## Juristische Einschätzungen

Die SKR sieht im Gegensatz zur VKR den Wettbewerblichen Dialog nicht explizit als Vergabeverfahren vor. Es wird jedoch auf die Möglichkeit verwiesen, das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Ankündigung für Sektorenauftraggeber in Form des wettbewerblichen Dialogs auszugestalten.

Eine für diese Vergabeart spezifische Fragestellung ergibt sich lediglich in ihrer Anwendbarkeit für Sektorenauftraggeber. LOSKANT verweist auf die in Deutschland gesetzlich mögliche Anwendung des WD für den Fall, dass der Sektorenauftraggeber diesen anwenden kann, wenn er diesen für Bauaufträge außerhalb seiner Sektorentätigkeit anwenden würde. Ein Beispiel ist die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes zu reinen Anlage- oder Investitionszwecken.<sup>79</sup> Darüber hinaus sieht LOSKANT.

Für die österreichische Situation wird diese Möglichkeit selbst in ausführlichen Betrachtungen zum Anwendungsbereich nicht erwähnt, so bspw. bei PRIMIG. Er verweist lediglich auf ihr Fehlen in der taxativen Aufzählung von Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber in § 192 BVergG bzw. auf den dort zu findenden Verweis, dass für besonders komplexe Aufträge unter Rückbezug auf die Vorgaben der Europäischen Kommission mit dem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb das Auslangen zu finden wäre.<sup>80</sup>

Weitere strittige Punkte zum subjektiven Anwendungsbereich des WD ergeben sich aus der Frage der Abgrenzung des öffentlichen Auftraggebers im Falle einer Unternehmensbeteiligung der öffentlichen Hand bzw. hinsichtlich der funktionalen Zuordnung eines öffentlichen Auftraggebers zum öffentlichen Sektor, wie bereits weiter oben angeführt. Hinsichtlich der damit einhergehenden Anwendungsproblematik unterscheidet sich jedoch der Wettbewerbliche Dialog nicht von anderen Vergabeverfahren.

<sup>77</sup> In der Aufzählung von § 192 BVergG fehlt der Wettbewerbliche Dialog als Option für den öffentlichen Auftraggeber.

<sup>78</sup> TRIEB, G.: Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren. S. 57.

<sup>79</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S.115f.

<sup>80</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberrecht.

Die Klärung dieser Fragen ist oft nur im Einzelfall möglich<sup>81</sup> und liegt daher außerhalb des Untersuchungsgegenstandes dieser Arbeit.

#### 4.1.1.2 Sachlicher Anwendungsbereich oder Das Problem des besonders komplexen Auftrages

Im Gegensatz zum subjektiven Anwendungsbereich sind die Regelungen zum sachlichen Anwendungsbereich des WD weniger eindeutig bestimmt und erfordern die kombinierte Auslegung verschiedener Regelungsdokumente des EU-Vergaberechtes. Prinzipiell steht dem Anwender eine Vielzahl von Fachpublikationen zur Verfügung, aus denen sich ein klarer Kernbereich von Anwendungsfällen herauslesen lässt. Inwieweit die in der Praxis bereits umgesetzten Projekte tatsächlich einer gerichtlichen Anfechtung der Verfahrenswahl standhalten würden, lässt sich für Randbereiche der Interpretationsspielräume mangels entsprechender Rechtsprechung derzeit noch nicht mit Sicherheit sagen. Im folgenden Abschnitt wird versucht, einen zusammenfassenden Überblick über diese wichtige Grundsatzfrage zu geben. Da die Regelungen und deren Ausdeutungen auf europäischer und österreichischer Ebene stark aufeinander bezogen sind, wird im Folgenden eine zusammenführende Betrachtung gewählt.

#### Regelungen der EU und der nationalen Gesetzgebung

Für Österreich hat das Bundesvergabegesetz 2006 die Regelungen für die sachlichen Anwendungsvoraussetzungen des WD aus dem entsprechenden Art. 29 Abs. 1 VKR nahezu wörtlich übernommen. Ausgehend von den hat soll hinsichtlich der EU-Regelungen nur auf die neben der VKR relevanten Dokumente der Europäischen Kommission hingewiesen werden.

#### Österreichisches BVergG 2006

Nach PRIMIG ist der WD *„als Sonderverfahren konzipiert, das lediglich unter eng definierten Eingangsvoraussetzungen zulässig ist.“*<sup>82</sup> Die Festlegungen erfolgen durch § 34 BVergG 2006, welcher in Abs. 1 folgende Voraussetzungen zu seiner Anwendung festschreibt:

*„Aufträge können im Wege des Wettbewerblichen Dialogs vergeben werden, wenn*

1. *es sich um besonders komplexe Aufträge handelt und*

<sup>81</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S.

<sup>82</sup> PRIMIG, H. : Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 481.

2. *die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nach Aussicht des Auftraggebers nicht möglich ist.*<sup>83</sup>

Abs. 2 konkretisiert den zentralen Begriff des *besonders komplexen Auftrages* bzw. sieht diesen dann gegeben, wenn „*der Auftraggeber **objektiv nicht in der Lage ist,***

1. *die technischen Spezifikationen gem. § 98 Abs. 2, mit denen seine Bedürfnisse und Aufforderungen erfüllt werden können, oder*
2. *die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens anzugeben.*<sup>83</sup>

Diese Festlegungen sind von zentraler Bedeutung für die Anwendbarkeit des WD als Vergabeverfahren und haben zugleich das Potenzial für mehrdeutige Interpretationen, die letztlich zur Verunsicherung bei potenziellen Anwendern führen, sodass dieses Thema hier einer näheren Betrachtung unterzogen werden soll.

Vorweg ist mit der besonderen Komplexität der Auftragsvergabe **nicht die generelle Unlösbarkeit einer Auftragskonzeption**<sup>84</sup> gemeint. Dies würde den Anwendungsbereich des WD derart einschränken, dass er als Vergabeverfahrensart zur Bedeutungslosigkeit verurteilt wäre.

Die **Höhe des Auftragswertes** für sich ist keine Argumentationsbasis für die Komplexität eines Auftrages. Daher ist der WD sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich anwendbar.<sup>85</sup> Aufgrund des Verfahrensaufwandes und der damit zu erwartenden Fixkosten wäre im Unterschwellenbereich die Wirtschaftlichkeit des Verfahrens in Frage zu stellen. Gleichzeitig kann der Auftraggeber prinzipiell auch bei „kleinen“ Projekten in die Lage kommen, weder über das offene oder nicht offene Verfahren noch über das Verhandlungsverfahren eine taugliche Lösung zur Erreichung seiner Ziele festlegen zu können.<sup>86</sup>

In diesen Festlegungen zu den Anwendungsvoraussetzungen des WD laut BVergG sind ein *subjektives* und ein *objektives* Moment von maßgebender Bedeutung enthalten, wobei beide *kumulativ* (gleichzeitig) vorliegen müssen.<sup>87</sup> Einerseits geht es um die *subjektive* Einschätzung des Auftraggebers, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren nicht möglich ist. Andererseits geht es darum, dass er *objektiv* dazu *nicht in der Lage ist*, die Spezifikationen zu Verfahrensbeginn anzugeben, die zur Erreichung der *bestmöglichen* Lösung in Hinblick auf seine Bedürfnisse

<sup>83</sup> § 34 Abs. 2 BVergG.

<sup>84</sup> KOPALTZIK, C.: „Berater als Bieter“ vs. „Bieter als Berater“. In: Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht, 3/2007. S. 279.

<sup>85</sup> Vgl. HEID/KURZ: Wettbewerblicher Dialog. In: Handbuch Vergaberecht. Neu bearb. und erw. unter Berücksichtigung der Novelle 2010. S. 337.

<sup>86</sup> Vgl. HEID/KURZ: Wettbewerblicher Dialog, a. a. O. S. 336.

<sup>87</sup> Vgl. PRIMIG: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 482. Vgl. dazu auch WERSCHITZ/RAGOSSNIG: Österreichisches Vergaberecht. S. 101.

notwendig sind. Damit ist gemeint, dass es nicht bloß darum geht, ob der Auftraggeber in der Lage wäre, seine Bedürfnisse nur „irgendwie“ zu erfüllen.<sup>88</sup> Der Sachverhalt der „objektiven Unmöglichkeit“ liegt vor, wenn es der Auftraggeber trotz Zukaufes umfassender Beraterleistungen nur mit *grob unverhältnismäßigem Aufwand* an Zeit oder Kosten bewerkstelligen könnte, entsprechende technische, rechtliche oder finanzielle Konditionen zur Erstellung einer Leistungsbeschreibung anzugeben.<sup>89</sup> Als Orientierung geben PÜNDER und FRANZIUS einen Kostenanteil für diese Spezifizierungen von 10% der voraussichtlichen Gesamtkosten als oberste Grenze der Zumutbarkeit an.<sup>90</sup>

Bezüglich der subjektiven Einschätzung, „nach Ansicht des Auftraggebers“, sind seine Fähigkeiten und Kapazitäten einzubeziehen.<sup>91</sup> Neben der beruflichen Erfahrung sind materielle und personelle Ressourcen zu prüfen.<sup>92</sup> Diese Überprüfung ist zu dokumentieren.<sup>93</sup> Aus diesem Prüferfordernis lässt sich eine Nachrangstellung des Wettbewerblichen Dialogs gegenüber den beiden klassischen Verfahren, offenes Verfahren und nicht offenes Verfahren ableiten.<sup>94</sup>

#### 4.1.1.3 Ist die Frage des Anwendungsbereichs ein juristisches Minenfeld?

Nicht zuletzt aufgrund der fehlenden Judikatur zu diesem „komplexen“ Thema bringt GRALLA den Lösungsansatz hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen auf den Punkt: „Der Anwendungsbereich des WD kann nur in jedem Einzelfall geprüft werden.“<sup>95</sup>

Aufgrund dieser Situation sollte diese Frage unbedingt durch Konsultierung von Rechtsexperten geklärt und die Begründung der Entscheidung für die Anwendung des Verfahrens inkl. der angesprochenen Marktsondierungen zur Belegung der „objektiven Unmöglichkeit“ entsprechend ausführlich dokumentiert werden.

In der juristischen Fachdiskussion wird die Anwendbarkeit breit diskutiert, und vor dem Hintergrund der fehlenden Judikatur entsteht der Eindruck, der potenzielle Anwender müsste sich in ein vergaberechtliches

<sup>88</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 90.

<sup>89</sup> PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 483.

<sup>90</sup> Vgl. PÜNDER, H.; FRANZIUS, I.: Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog. In: ZfBR, 1/2006. S 21.

<sup>91</sup> Vgl. 1171 BlgNr 22. GP 48 und PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 483.

<sup>92</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – eine Sonderform des BVergG, a. a. O.

<sup>93</sup> Vgl. KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.: Vergaberecht in der Praxis. S. 90.

<sup>94</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 483.

<sup>95</sup> GRALLA, M.: Wettbewerblicher Dialog. In: BundesBauBlatt, 1/2007. S. 34.



Minenfeld begeben, von dem niemand weiß, wie viele Minen tatsächlich darin verborgen sind und hochgehen würden, wenn die ersten mutigen öffentlichen Auftraggeber es wagten, statt des juristisch durchjudizierten Verhandlungsverfahrens, den Wettbewerblichen Dialog zu wählen. Inwieweit dieses Bild vom Minenfeld zutrifft bzw. auf welche Weise jeder Auftraggeber für seine Sicherheit vorsorgen kann, soll ein Blick auf die empirischen Daten und daraus ableitbare Empfehlungen für die Praxis in den folgenden beiden Abschnitten klären.

### **Deutung der empirischen Daten zur Anwendung des Wettbewerblichen Dialoges**

In Österreich wurden im Zeitraum Jänner 2009 bis 2014 immerhin mehr als ein Dutzend Aufträge mithilfe des Wettbewerblichen Dialoges vergeben, wovon drei Vergaben für Bauleistungen oder Dienstleistungsaufträge mit einem nennenswerten Bauleistungsanteil durchgeführt wurden.<sup>96</sup> Vor diesem Hintergrund können fehlende Gerichtsurteile nicht nur als Risiko interpretiert werden, sondern auch als Beleg dafür, dass das Minenfeld auch in Österreich bereits mehrmals ohne Rechtsstreit durchquert worden ist, sofern von laufendenden Gerichtsverfahren abgesehen wird.

Die Zahlen in Deutschland scheinen diese positive Deutungsrichtung zu stützen. LOSKANT kommt in seiner umfassenden Erhebung für Deutschland in den ersten drei Jahren nach Einführung des Wettbewerblichen Dialogs auf 77 gestartete Wettbewerbliche Dialoge, wovon immerhin 23 allein zur Vergabe von Bauleistungen bzw. Dienstleistungen mit nennenswertem Anteil von Bauleistungen schon in den ersten drei Jahren nach Einführung des Verfahrens durchgeführt wurden, ohne, dass er von gerichtlichen Auseinandersetzungen berichten konnte.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Davon können lediglich maximal drei Aufträgen Bauleistungen zumindest als Teil des Auftrages zugeschrieben werden, wie eigene Erhebungen bei Tenders European Daily (TED) ergeben haben. Quelle: <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>, Datum des Zugriffs: 03.11.2014.) Siehe dazu die Auswertungsergebnisse in Anhang A1.

<sup>97</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 81-94.

In der Befragung von sieben Auftraggebern (AG) zeigte sich folgende Verteilung von Begründungen der für die Anwendbarkeit des Verfahrens vom Gesetzgeber geforderten *besonderen Komplexität* des Auftrages:

<b>Begründung der für die Anwendbarkeit des WD geforderten besonderen Komplexität bei Bauaufträgen in Deutschland</b>		
Anzahl der Aufträge	Begründung der Komplexität	Anmerkungen
3	Mehrere technische Lösungswege denkbar	Die Lösungswege waren zwar dem AG bekannt, jedoch hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit oder der technischen Umsetzbarkeit vorab nicht einzuschätzen.
2	Lebenszyklusansatz	Damit konnte auf die finanzielle und rechtliche Komplexität verwiesen werden. Beide Projekte enthielten PPP-Elemente.
2	Bedürfnisse bekannt. Bauliche Umsetzung unbekannt.	Den Auftraggebern fehlte das Wissen, wie eine Umsetzung baulich oder planerisch aussehen könnte.

**Tabelle 4.1: Begründung der besonderen Komplexität als Anwendungsvoraussetzung des WD**

Alle drei aufgelisteten Begründungen entsprechen den formalen gesetzlichen Anforderungen. Aus Sicht der Anwender war die Begründung der Komplexität teilweise schwierig. Es wäre notwendig gewesen, sich inkompetent darzustellen bzw. war die gewählte Begründung für einen weiteren Auftrag nicht mehr anwendbar. Wie heikel dieses Thema von den Auftraggebern gesehen wurde, zeigt sich unter anderem darin, dass keiner der Befragten bereit war, für die empirische Erhebung Einsicht in die Begründung zu gewähren.<sup>98</sup>

<sup>98</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 94.

Hinsichtlich der Orientierung, wie die Anwendbarkeit des Wettbewerblichen Dialogs überprüft werden kann, ist die nachfolgende Darstellung von PRIMIG hilfreich:

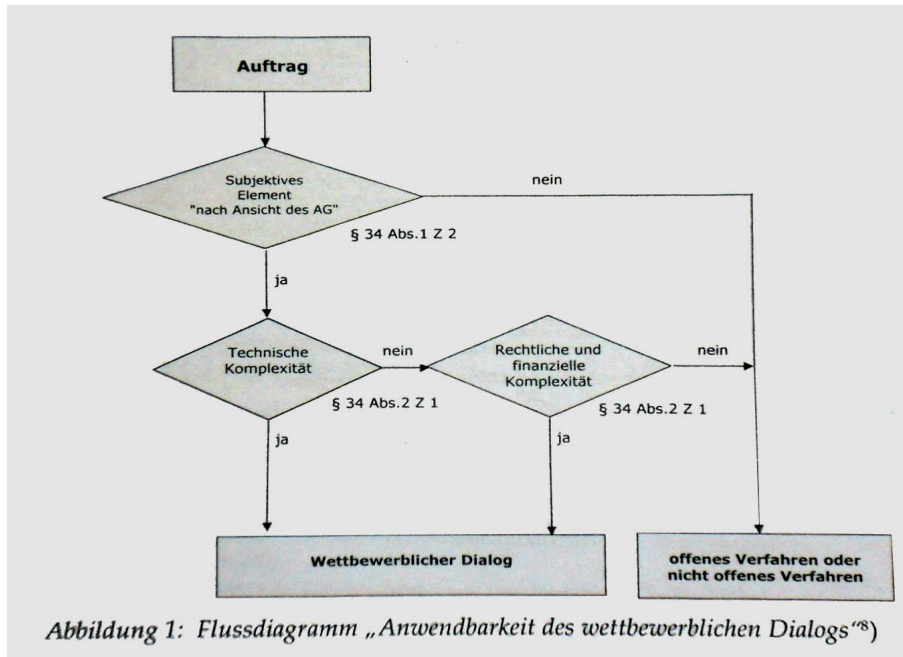


Abbildung 4.2: Entscheidungsbaum für Voraussetzungen für die Auswahl des Wettbewerblichen Dialogs als Vergabeverfahren nach PRIMIG<sup>99</sup>

Abbildung 4.2 gibt eine zusammenfassende Darstellung in Form eines Entscheidungsbaumes für die Prüfung der subjektiven und objektiven Anwendungsvoraussetzungen bei der Wahl des Wettbewerblichen Dialogs als Vergabeverfahren.

### Wie lässt sich technische Komplexität begründen?

In den Erläuterungen zur EU-Vergaberichtlinie werden zwei typische Situationen zur Begründung technischer Komplexität gegeben:

1. „Der Auftraggeber ist nicht in der Lage, die technischen Mittel zu spezifizieren, die zur Erreichung des vorgeschriebenen Ziels zu verwenden sind; dieser Fall dürfte angesichts der Möglichkeiten, technische Spezifikationen – ganz oder teilweise – gemessen an den Leistungs- oder Funktionsanforderungen festzulegen, relativ selten eintreten.“<sup>100</sup>

<sup>99</sup> PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des B-VergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 485.

<sup>100</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005. S. 2.

Da sowohl im offenen als auch im nicht offenen Verfahren konstruktive und funktionale Leistungsbeschreibungen vorgesehen sind, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass der Sachverhalt der *technischen Komplexität* erst dann vorliegt, wenn selbst eine funktionale Leistungsbeschreibung nicht mit zumutbarem Aufwand möglich ist.<sup>101</sup>

Der Erläuterungen geben jedoch sprechen noch von einem zweiten, viel häufiger zu erwartenden Fall:

2. *„Der Auftraggeber ist nicht in der Lage zu bestimmen, welche der zahlreichen in Frage kommenden Lösungen seinen Bedürfnissen gerecht wird.“*<sup>102</sup>

Für die Voraussetzung technischer Komplexität muss nicht der gesamte Auftrag in allen Bereichen „komplex“ sein, es reicht, dass Teile des Auftrages diesem Kriterium genügen.<sup>103</sup>

#### 4.1.1.4 Zusammengefasste Empfehlungen hinsichtlich der Anwendbarkeit

- Die Entscheidung über die Anwendbarkeit des Wettbewerblichen Dialogs muss im Einzelfall getroffen werden. Dennoch können Standardsituationen angegeben werden. Diese sind:
  - o Besondere Komplexität des Auftrages als Gesamtes oder eines seiner Teile:<sup>104</sup>
    - PPP-Projekte (z.B. große Verkehrsinfrastrukturprojekte)<sup>105</sup>
  - o Regelbeispiele nach herrschender Lehre:<sup>106</sup>
    - Tunnelbauwerke in unerforschtem Gestein oder mit unerforschter Länge
    - Brücken mit besonderen unerforschten Eigenschaften an Länge, Konstruktion oder Untergrund

<sup>101</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 483.

<sup>102</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005. S. 2f.

<sup>103</sup> KUS, A.: Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog. S. 859.

<sup>104</sup> KUS, A.: Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog. S. 859.

<sup>105</sup> Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION: Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005. S. 3.

<sup>106</sup> Vgl.: PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 484. Vgl. HEIERMANN, W.: Der Wettbewerbliche Dialog. S. 768.

- Hochbauprojekte mit bekanntem Zweck aber unerforschten Konstruktionsmerkmalen
- Regelbeispiele aus der Fachliteratur:
  - Lebenszyklusansätze<sup>107</sup>
  - Erstmalige Umsetzung eines komplexen Projektes<sup>108</sup>
- Weitere denkbare Regelbeispiele:
  - Gemeinwohlökonomische Ansätze<sup>109</sup>

Unbedingt zu beachten ist, dass die Höhe des Auftragswertes kein zwingendes Indiz für eine besondere Komplexität ist.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> HEIERMANN, W.: Der Wettbewerbliche Dialog. S. 768.

<sup>108</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle.

<sup>109</sup> FELBER, C.: Gemeinwohl-Ökonomie. Das Wirtschaftsmodell der Zukunft.

<sup>110</sup> HEID, S.; KURZ, T.: Wettbewerblicher Dialog. In: Handbuch Vergaberecht. S. 336.

#### 4.1.2 Praktische Anwendbarkeit: Wann soll man den WD anwenden?

Ob es sinnvoll ist, den WD als Vergabeverfahren anzuwenden, wenn dies die juristischen Bestimmungen zu seinen Anwendungsvoraussetzungen erlauben, erfordert eine genauere Abwägung der Chancen und Risiken bzw. seiner Vor- und Nachteile gegenüber alternativen Verfahren. Dies kann im Einzelfall nur anhand der individuellen Umstände entschieden werden. Es gibt jedoch einige grundlegende Überlegungen, die eine erste Abschätzung ermöglichen:

##### PPP-Projekte

Wie im historischen Abriss gezeigt, hängt die Entstehungsgeschichte des WD eng mit der politisch gewünschten Forcierung von PPP-Projekten zusammen respektive wurde er unter anderem zu diesem Zweck eingeführt. PPP-Projekte scheinen für eine Vergabe im Rahmen eines WD geradezu prädestiniert.<sup>111</sup>

##### Ziel: Faires Outsourcing

Wenn PPP-Projekte als eine Form einer partnerschaftlich optimierten Ressourcen-Risikoallokation im Sinne des Outsourcings aufgefasst werden,<sup>112</sup> so besteht bei der Vergabe von PPP-Projekten der große Vorteil des Wettbewerblichen Dialoges gegenüber anderen Vergabeprozeduren wie dem Verhandlungsverfahren in der Möglichkeit, dass Auftraggeber und Anbieter in der Dialogphase gemeinsam eine faire Aufteilung von Gewinnchancen und Risiken sowie einen effizienzoptimierten Einsatz der notwendigen personellen, technischen und finanziellen Ressourcen ausverhandeln können. Man könnte die Dialogphase im Idealfall als Marktplatz verstehen, auf dem die Akteure alle ihre projektrelevanten Potenziale feilbieten und Versicherungen gegen nicht zu übernehmende Risiken nachfragen können.

Während klassische Vergabeverfahren vor allem das Wettbewerbsprinzip forcieren, geht der WD mit seinem Raum für Dialog einen Schritt weiter und begünstigt die Entfaltung des Marktprinzips zur Optimierung der Allokation.

Insofern bietet der WD gegenüber allen klassischen Vergabeverfahren inklusive dem Verhandlungsverfahren, all jenen Akteuren Vorteile, die an Transparenz und Fairness in der Vergabe interessiert sind. Voraussetzung ist jedoch die Einhaltung gesetzlich festgeschriebener Grundprinzi-

<sup>111</sup> Vgl. HAUSMANN, L.; BULTMANN, P.: PPP im Hochbau. Vergaberechtsleitfaden. S. 28. [http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/Bauwirtschaft/Bauqualität/WU-PPP/Downloads/DL\\_vergaberechtsleitfaden\\_ppp\\_hochbau.pdf?blob=publicationFile&v=2](http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/Bauwirtschaft/Bauqualität/WU-PPP/Downloads/DL_vergaberechtsleitfaden_ppp_hochbau.pdf?blob=publicationFile&v=2). Datum des Zugriffs: 20.10.2014.

<sup>112</sup> SCHENKE, R.: Der Wettbewerbliche Dialog. S. 79. [http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2009/2946/pdf/kwi\\_schr01\\_online\\_1009\\_03\\_18\\_btr06.pdf](http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2009/2946/pdf/kwi_schr01_online_1009_03_18_btr06.pdf). Datum des Zugriffs: 21.10.2014.

prien der Gleichbehandlung sowie speziell für die Dialogphase die besonders sorgfältige Beachtung der Regelungen zur Informationsweitergabe.<sup>113</sup>

### Größe des Projektes

Der Aufwand für die Vorbereitung und Abwicklung eines WD ist im Vergleich zu anderen Vergabeverfahren für den Auftraggeber und die Bieter relativ hoch. Daher liegt es nahe, das Projektvolumen zu einer ersten Abschätzung heranzuziehen. LOSKANT setzt dazu einen Grenzwert von ca. 10 Mio. Euro an.<sup>114</sup> Dieser Wert sollte nicht absolut gesetzt werden, sondern im Kontext weiterer vorab zu klärender Fragen, die sowohl mit dem Auftrag als auch mit der individuellen Situation des Auftraggebers zusammenhängen. Im Unterschwellenbereich ist unbedingt abzuwägen, ob die mit dem WD verbundenen Erwartungen den relativ großen Verfahrensaufwand rechtfertigen.

### Varianz der Lösungsmöglichkeiten

Der WD entfaltet sein Potenzial dort am besten, wo die Varianz der Lösungsmöglichkeiten am größten ist. Dabei kann es sich um grundsätzlich unterschiedliche Lösungsansätze handeln, wie beispielsweise die Möglichkeit, einen größeren Fluss mit einer Brücke, einem Tunnel oder einer Fähre zu überqueren.<sup>115</sup> Eine große Varianz kann sich jedoch auch durch eine Vielfalt von Detailausbildungen ergeben. So würden beim Beispiel der Überquerung eines Flusses die Variationsmöglichkeiten des Brückentragwerks an sich bereits genügend Varianten erlauben, die die Einbindung des Know-hows der Bieter rechtfertigen. Ebenso vorstellbar ist die Entwicklung verschiedener Finanzierungs- und Rückzahlungsmodelle und entsprechender Vertragsmodelle zur sinnvollen Aufteilung der Risiken.

### Typische Anwendungsbereiche

Eine weitere Orientierung geben die Anwendungsbeispiele, die von der Europäischen Kommission in „Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog“ ergänzend zu den Vorgaben der klassischen Vergaberichtlinie genannt werden:<sup>116</sup>

- Durchführung bedeutender Verkehrsinfrastrukturprojekte
- Schaffung großer Computernetzwerke

<sup>113</sup>

<sup>114</sup> LOSKANT, D. : Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 137

<sup>115</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: *Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005.* S. 3.

<sup>116</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: *Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005.* S. 3.

- Unklarheit am Beginn des Vergabeverfahrens, sich ein Auftraggeber finden lässt, der Risiko übernimmt und eine Baukonzession vergeben werden kann oder nur ein traditioneller Bauauftrag zustande kommt. Bei Wahl eines klassischen Verfahrens würde im Fall des Nichteintretens der angestrebten Variante ein neues Vergabeverfahren starten.
- PPP-Projekte<sup>117</sup> (siehe dazu die Ausführungen weiter oben)

Ergänzend sollen hier Standardfälle für den Hochbau nach HEIERMANN sowie PRIMIG aufgezählt werden, denen besondere Komplexität nicht abgesprochen werden kann:

- Tunnelbauwerke in unerforschtem Gestein oder mit bislang unerforschter Länge
- Brücken mit besonderen unerforschten Eigenschaften an Länge, Konstruktion und Untergrund
- Hochbauprojekte, deren Zweck zwar bekannt ist, deren Konstruktionsmerkmale jedoch unerforscht oder hinsichtlich der grundsätzlichen Konzeption aus wirtschaftlicher Sicht noch nicht beurteilt werden können, bspw. große Tiefgarage vs. Hochgarage.<sup>118</sup>
- Vorhaben, die sämtliche Phasen des Lebenszyklus inkludieren; d. h. der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erstreckt sich von der Planung, über die Finanzierung, Errichtung, Erhaltung, den Betrieb bis zur Verwertung. Es handelt sich also um Eigenschaften, die PPP-Projekte auszeichnen.<sup>119</sup>

#### 4.1.2.1 Besondere Komplexität der Aufträge

Die besondere Komplexität eines Auftrags gilt nicht nur, wie von vielen öffentlichen AG angenommen, für PPP-Projekte mit besonders komplexen Finanzierungsstrukturen, sondern auch beispielsweise für solche, welche bei den Zielsetzungen die Betrachtung von Lebenszykluskosten ins Zentrum stellen.

- Objektive Unmöglichkeit (der Bestellung)
- Subjektive Einschätzung des Auftraggebers
- Regelbeispiele

<sup>117</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: *Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog*. S. 4.

<sup>118</sup> Vgl. HEIERMANN, W.: Der Wettbewerbliche Dialog. In: ZfBR Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, 8/2005. S. 768.

<sup>119</sup> Vgl. PRIMIG, H. Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVerfG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 484.



- Persönlicher (Subjektiver) Anwendungsbereich
- Sachlicher Anwendungsbereich<sup>120</sup>

### 4.1.3 Vorbereitung des Vergabeverfahrens

---

Um mit Stufe 1, dem eigentlichen Vergabeverfahren, zu beginnen, sollte der Auftraggeber alle nachstehend aufgelisteten Fragen in Stufe 1 positiv beantworten können.

- Ist die rechtliche Anwendbarkeit des Wettbewerblichen Dialogs nach eingehender Prüfung durch Vergabekjuristen gegeben?
- Wurden die Vor- und Nachteile gegenüber alternativen, Vergabeverfahren gegenübergestellt, und rechtfertigen eventuell verbleibende vergaberechtliche Risiken sowie der zu erwartende größere Aufwand die mit dem Verfahren zu realisierenden Chancen, wie beispielsweise die Erzielung innovativer Lösungen, Einsparung bei den Projektgesamtkosten?
- Wurden die mit dem Projekt verfolgten Ziele und die zu erfüllenden Bedürfnisse definiert?
- Wurden grundlegende Dimensionen der Projektentwicklung, Kosten, Zeit, Qualität und Ausmaß des zu vergebenden Auftrages ausreichend operationalisiert und von den zuständigen Entscheidungsträgern akzeptiert?
- Wurden die geeigneten Kriterien zur Bewerberauswahl, zur Bewertung der Lösungsvarianten sowie zur Auswahl des besten Angebots formuliert und gewichtet?
- Wurden die Eignungskriterien sorgfältig daraufhin abgestimmt, dass einerseits die gewünschten Anforderungen von den Teilnehmern erfüllt werden können, andererseits in der Auswahlphase genügend interessierte Bewerber diese tatsächlich erfüllen können?
- Wurden die für die Abwicklung erforderlichen fachlichen Vorbereitungsmaßnahmen (Bodengutachten, behördliche Sondierungen zur grundsätzlichen Genehmigungsfähigkeit) durchgeführt?
- Existiert ein zeitlicher und organisatorischer Plan zum Verfahrensablauf bzw. sind die dafür notwendigen Ressourcen insbesondere ausreichend qualifiziertes und entscheidungsbefugtes Personal für die einzelnen Verfahrensstufen bereitgestellt?

<sup>120</sup> Vgl. GRALLA, M.: Wettbewerblicher Dialog. In: BundesBauBlatt, 1/2007, S. 34.

- Wurde bei der Auswahl des **Personals** seitens des Auftraggebers sowie umgekehrt bei den Anforderungen an die Schlüsselkräfte neben ausreichenden **fachlichen Qualifikationen** auch auf die für eine optimale Dialog- und Verhandlungsführung notwendigen **sozialen Kompetenzen** inklusive **empathischer Fähigkeiten**<sup>121</sup> geachtet?
- Existierte ein mit den verantwortlichen Stellen abgestimmtes Kommunikationskonzept zur Weitergabe verfahrenssensibler Informationen? Dies betrifft unbedingt die erwünschte Gestaltung der Informationsflüsse zwischen Auftraggeber und Bietern, denn *„Kommunikation zwischen Auftraggebern und Verfahrensteilnehmern ist ein maßgebender Erfolgsfaktor des WD.“*<sup>122</sup> Ein Kommunikationskonzept sollte jedoch darüber hinaus insbesondere bei Verfahren mit Beteiligung der Öffentlichkeit die Kommunikation mit allen Stakeholdern und der Öffentlichkeit beinhalten.

Erst wenn diese Fragen positiv beantwortet werden können, sollte tatsächlich mit dem Vergabeverfahren begonnen werden. Bei der Durchführung eines wettbewerblichen Dialoges sind Aufwand und Kosten für eine schlecht vorbereitete und unkoordinierte Vorgehensweise zu hoch. Selbst bei Bezahlung von Entschädigungen für die Teilnahme an einem WD ist davon auszugehen, dass dieses Vergabeverfahren ohne Vorleistungen der Beteiligten nur suboptimale Ergebnisse erzielen kann. Auf zwischenmenschlichem Vertrauen aufbauendes Engagement dürfte für die gemeinsame Entwicklung innovativer Lösungen eine bedeutende Rolle spielen. Somit ist auch der Vertrauens- und Imageverlust gegenüber den Bietern zu bedenken und dessen nachhaltige Auswirkungen auf die Zusammenarbeit in Folgeprojekten.

Gleichzeitig kann eine gute Organisation gerade bei Großprojekten, die entsprechende Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit genießen, eine Chance sein, das teils schlechte Image der öffentlichen Auftraggeber positiv zu beeinflussen.<sup>123</sup>

#### 4.1.4 Zeitplanung

Die für die Abwicklung eines Wettbewerblichen Dialoges anzuberaumende Zeit sollte mit mindestens sechs Monaten angesetzt werden.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Welche enorme, wenn auch unbewusst wirksame Kraft das Fehlen von oder die Fähigkeit zur Empathie bei Führungskräften hinsichtlich der Kompetenz zu fairen und offenen Verhandlungsführung entfalten kann zeigt sich anhand von GRUENS Studien zu den unterschiedlichen Handlungs- und Kommunikationsstrategien empathischen oder nicht zur Empathie fähigen Entscheidungsträgern in bedeutenden historischen Kontexten. Vgl. GRUEN, A.: Der Wahnsinn der Normalität. S. 40 ff, S. 139 ff.

<sup>122</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 159.

<sup>123</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 79.

<sup>124</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 154.

Bei größeren Projekten ist mit 8-10 Monaten zu rechnen.<sup>125</sup> Der längere Zeitraum für das Vergabeverfahren kann gerade bei Großprojekten bei einer Betrachtung der Gesamtprojektlaufzeit durch besser mit den Auftragnehmern abgestimmte Zeitpläne sowie durch eine generell auf die Bedürfnisse und Fähigkeiten der Bieter angepasste Vorgehensweise in der gesamten Projektorganisation durchaus wieder kompensiert werden. Eine Reduktion der Gesamtprojektlaufzeit wird dadurch in der Regel nicht realisiert.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 92.

<sup>126</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 92.

## 4.2 STUFE 1: Teilnehmerermittlung

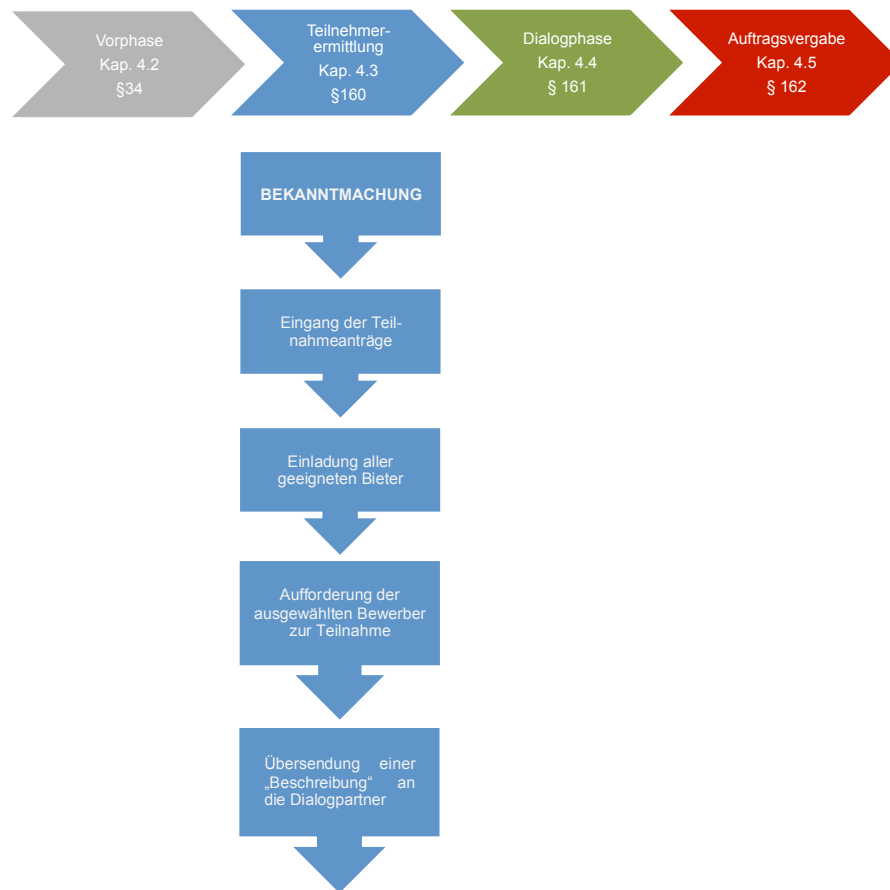


Abbildung 4.3: Übersicht über die Stufe 1 der Auftragsvergabe; eigene Darstellung<sup>127</sup>

Hat sich der Auftraggeber in Stufe 0 nach eingehender Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen, Abwägung der mit der Anwendung verbundenen Chancen und Risiken sowie der Gegenüberstellung der Stärken und Schwächen dafür entschieden, den WD als Vergabeverfahren einzusetzen, kann das eigentliche Vergabeverfahren beginnen, und es wird durch die Teilnehmerermittlung eingeleitet.

Sofern diese nicht schon in Stufe 0 im Zuge der Prüfung der Anwendungsvoraussetzungen erfolgt ist, muss der Auftraggeber gemäß § 36 BVergG 2006 schriftlich dokumentieren, dass die unter § 34 definierten und in Kapitel 4.2 detaillierter dargelegten Anwendungsvoraussetzungen der besonderen Komplexität des Auftrages sowie der objektiven Unmög-

<sup>127</sup> Grafik in Anlehnung an: PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 485.

lichkeit, den Auftrag im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens abwickeln zu können, tatsächlich gegeben sind. Die zentral zu prüfende Frage ist, ob in einem der beiden klassischen Verfahren mit einer funktionalen Ausschreibung das Auslangen gefunden werden kann. Diese Dokumentation muss für allfällige Nachprüfverfahren zur Verfügung stehen.<sup>128</sup>

#### 4.2.1 Bekanntmachung

Am Beginn des tatsächlichen Vergabeverfahrens steht die Bekanntmachung des Auftrags in gesetzlich festgelegten Publikationsorganen, deren Auswahl vom geschätzten Auftragswert abhängt, nämlich davon, ob dieser sich im Ober- oder im Unterschwellenbereich befindet. Letzteres dürfte aus bereits dargelegten Gründen zur praktischen Anwendbarkeit eher selten der Fall sein.

§ 160 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes 2006 beschreibt den Inhalt der Bekanntmachung. Die Ansprüche sind allerdings nicht zu hoch auszulegen, da eine zu enge Definition der Bedürfnisse und Ziele spätere Adaptionen erschwert. Durch offenere Formulierungen kann die Notwendigkeit einer Berichtigung der Ausschreibung vermieden werden.<sup>129</sup>

Nach § 160 Abs. 2 hat die Bekanntmachung *„jedenfalls die folgenden Angaben zu enthalten:“*

1. *die vorgegebene Mindestzahl und gegebenenfalls 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 an die Teilnehmer am Dialog erfolgen sollen.*<sup>130</sup>

Abschließend stellt das Gesetz frei, die Erläuterungen der Bedürfnisse und Anforderungen (Ziffer 4) sowie die Zahlung von Prämien an die Dia-

<sup>128</sup> PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 486.

<sup>129</sup> PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 486.

<sup>130</sup> § 160 Abs.2 BVergG 2006

logteilnehmer auch zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich in der in Abs. 9 geregelten Beschreibung bekannt zu geben.

Welche Empfehlungen lassen sich nun aus der Praxis für den konkreten Umgang mit diesen Vorgaben ableiten?

#### 4.2.1.1 Entschädigungszahlungen

Begonnen werden soll mit dem bei Auftraggebern vielleicht unbeliebtesten Punkt. Im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber, der obligatorisch eine angemessene Teilnahmeentschädigung für die Teilnehmer am Dialog vorschreibt,<sup>131</sup> stellt es der österreichische den öffentlichen Auftraggebern frei, ob sie überhaupt eine solche Aufwandsentschädigung für den doch beachtlichen Aufwand zur Teilnahme an diesem Auswahlverfahren an die engagierten Bieter auszahlen. Während die juristische Fachliteratur sich zu diesem Optionsthema eher wertfrei äußert, zeigt die Praxiserfahrung des Autors im Rahmen von Architekturwettbewerbsverfahren, dass dieser Punkt der Höhe der Teilnahmeentschädigung teils von großen Spannungen und starken Emotionen zwischen den Akteuren begleitet wird. In einem Verfahren wie dem WD sollten beide Seiten vertrauensvoll und fair an einem Tisch sitzen, um gemeinsam an der Entwicklung der für den Auftraggeber besten Lösung zu arbeiten. Es erscheint paradox, dass in diesem Verfahren, das aufgrund seines Anwendungsgebietes für komplexe Großprojekte einen entsprechenden Planungs- und Kommunikationsaufwand mit sich bringt, eine Seite, die bei fünf geladenen Dialogpartnern eine entsprechend kleine Aussicht auf den Zuschlag sieht, diesen Ressourceneinsatz ohne Entschädigung über mehrere Monate hinweg mit maximal gewünschter Motivation durchsteht. Die Erfahrungen aus Deutschland zeigen, dass es sich im Sinne der Projektergebnisse lohnt, eine angemessene Entschädigung zu zahlen.<sup>132</sup> Da die Bieter gewinnorientierte, privatwirtschaftliche Unternehmen sind, sind sie auch gezwungen, diese Vorfinanzierungskosten an anderer Stelle wieder verrechnen zu können. Abgesehen davon, dass es gerade für einen öffentlichen Auftraggeber moralisch besonders fragwürdig erscheint, dass diese von ihm verursachten Kosten auf andere Kunden – ob privat oder wiederum öffentlich – in Form von Gemeinkostenaufschlägen externalisiert werden und somit der öffentliche Auftraggeber gerade bei Großprojekten zum amoralischen Trittbrettfahrer wird, darf auch damit gerechnet werden, dass die im WD-Verfahren vorfinanzierten Aufwendungen bereits im dazugehörigen Angebot zumindest teilweise einkalkuliert werden. Damit führt der Ansatz, keine Entschädigung zu

<sup>131</sup> PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren im BVerG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. S. 486f.

<sup>132</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 140 ff.

zahlen, zu folgenden beiden Möglichkeiten: Entweder wird der öffentliche Auftraggeber zum Trittbrettfahrer oder er belügt sich selbst, indem er die Bezahlung nach hinten schiebt.

Die Höhe der Kostenerstattung kann grob am Projektvolumen orientiert werden, muss jedoch auch an die Art des Auftrages angepasst werden. STOLZE<sup>133</sup> unterscheidet dabei die Bereiche Finanzierung, Errichtung und Gebäudemanagement. Für jeden dieser Bereiche sind unterschiedliche Prozentsätze vom Auftragsvolumen vorgesehen, wobei die Prozentsätze mit steigendem Auftragsvolumen abnehmen. An dieser Stelle sollen beispielhaft die Prozentsätze für den Bereich Errichtung bzw. Bau-realisation exemplarisch genannt werden. Bei einem Auftragsvolumen von 4 Mio. EUR liegt der empfohlene Wert für die Auftragsentschädigung pro Teilnehmer bei ca. 1,2 %, bei Projekten von 40 Mio. EUR bei 0,9 %. Für den Bereich Finanzierung werden etwas geringere Quoten angesetzt.<sup>134</sup>

#### 4.2.1.2 Eignungs- und Auswahlkriterien

Eignungskriterien sollten nicht zu streng formuliert werden. Gerade bei komplexen Spezial- oder Großprojekten haben selbst größere Bauunternehmen häufig Schwierigkeiten damit, die entsprechenden Referenzen zu erbringen oder zu spezifische Anforderungen zu erfüllen. Eine zu geringe Anzahl von Bietern wäre die Folge. Gleichzeitig sollten die Auswahlkriterien so spezifisch wie möglich formuliert werden, damit gezielt nur die Bieter ausgewählt werden, welche tatsächlich für die Umsetzung des Auftrages geeignet sind. Ungeeignete Bieter in der Dialogphase oder gar bis in die Angebotsphase zu behalten, führt zu unnötig hohem Betreuungsaufwand im Dialog und endet spätestens bei der Angebotslegung mit der unvermeidlichen Ausscheidung. Die Folge wäre nicht nur eine Verschwendung von Ressourcen, sondern darüber hinaus wäre auch mit einer schlechteren Betreuung der tatsächlich realisierbaren Lösungsansätze zu rechnen.

#### 4.2.1.3 Zuschlagskriterien

Diese müssen bereits zu Beginn des Verfahrens angegeben werden. Da entsprechend der Verfahrenskonzeption die Lösungsvorschläge erst im Laufe der Dialoge erarbeitet werden und sich damit auch neue Erkenntnisse ergeben sowie vertiefte Sichtweisen der konkreten Problemstellungen und der Projektziele heranreifen können, ist es nach § 162 Abs 1

<sup>133</sup> STOLZE, S-F.: Honorierung, S. 146.

<sup>134</sup> STOLZE, S-F.: Honorierung, S. 146.

und Abs 4 erlaubt, diese Zuschlagkriterien in geringem Ausmaß an den neuen Erkenntnisstand anzupassen, sofern diese Änderungen nicht diskriminierende oder den Wettbewerb verfälschende Auswirkungen haben. Gerade für den heiklen Bereich der Eignungskriterien empfiehlt es sich, den interessierten Bietern eine **Checkliste** zur Verfügung zu stellen, in der alle notwendigen Nachweise übersichtlich dargestellt sind. So können unnötige Zwangsausschlüsse aus formalen Kriterien vermieden werden, die im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen immer wieder ein Problem darstellen.<sup>135</sup> Bei komplexen Großprojekten, bei denen eine Vielzahl von Nachweisen erforderlich ist, ist die Fehlerwahrscheinlichkeit ohnehin hoch. Vor dem Hintergrund, dass grundsätzlich nur ein kleiner Bewerberkreis geeignet ist, wiegen unnötige Formalfehler noch schwerer.

#### 4.2.1.4 Eine oder mehrere Dialogrunden zur Reduktion der Lösungen

Es ist empfehlenswert, die Dialogphase in mehreren Runden durchzuführen und von Runde zu Runde die Anzahl der weiterverfolgten Lösungsansätze zu reduzieren. Mit dieser Vorgehensweise steht zu Beginn ein möglichst breites Spektrum an Ideen für Lösungsansätze zur Verfügung. Wenn nun von Runde zu Runde durch vertiefte und zugleich auch detailgenauere Prüfungen der Aufwand steigt, kann dieser durch die Reduktion der Lösungsansätze in vertretbaren Grenzen gehalten werden. Davon profitiert nicht nur der Auftraggeber, sondern auch gegenüber den Bietern erscheint diese Vorgehensweise fair und transparent, da sie in jeder Runde eine Rückmeldung erhalten, ob eine Weiterverfolgung ihres Lösungsansatzes realistisch ist.

#### 4.2.1.5 Ad 1: Mindest- und Höchstzahl von Teilnehmern

Bei den Verfahren in Deutschland zeigte sich, dass eine Anzahl von ca. fünf bis sieben Teilnehmern einen guten Mittelweg darstellt. Damit hält sich zum einen am Beginn des Dialoges der nicht zu unterschätzende Betreuungsaufwand in Grenzen. Zum anderen können nur so in mehreren Dialogrunden Lösungsvorschläge aktiv selektiert und gleichzeitig in der Angebotsphase ein vom Gesetzgeber geforderter *echter* Wettbewerb zwischen den besten Lösungen garantiert werden. Gemäß § 160 Abs. 6 muss die Zahl der zur Angebotslegung eingeladenen Bieter mindestens drei betragen.

<sup>135</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 151.



Beim Start mit einer geringeren Anzahl von Teilnehmern würde der Ausfall von Bietern eine aktive Selektion durch den Auftraggeber anhand der Bewertungskriterien unmöglich machen. Ausfälle von Bietern ergeben sich dadurch, dass diese nicht mehr am weiteren Vergabeprozess teilnehmen wollen oder können, weil bspw. ihre Lösungsvorschläge aus budgetären, technischen oder rechtlichen Gründen nicht realisierbar oder der Aufwand für die Teilnahme zu groß erscheint .

Daraus folgt, dass für die Bekanntmachung eine Spannweite von fünf bis sieben Dialogteilnehmern optimal ist<sup>136</sup> .

#### **Checkliste und Empfehlungen für die Bekanntmachung:**

Die Bekanntmachung muss entsprechend § 160 Abs. 2 folgende Mindestangaben enthalten:

- Es empfiehlt sich eine Mindestanzahl von fünf und eine Höchstanzahl von sieben Teilnehmern als Mittelweg zwischen vertretbarem Aufwand und ausreichender Auswahl an guten Lösungen bzw. ausreichendem Wettbewerb in der Angebotsphase.
- Eignungskriterien sollten nicht zu streng formuliert werden, um genügend Dialogteilnehmer auswählen zu können. Auswahlkriterien sollten spezifisch auf die Projektanforderungen ausgerichtet sein, um einen unnötig hohen Betreuungsaufwand für letztendlich ungeeignete Bieter zu vermeiden.

#### **4.2.2 Auswahl der Teilnehmer**

---

Mit der Publikation der Bekanntmachung werden interessierte Unternehmen aufgefordert, ihre vollständig ausgefüllten Anträge entsprechend den Vorgaben der Bekanntgabe einzureichen.

<sup>136</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S.82f.

#### 4.2.2.1 Schritt 1: Auswahl anhand Eignungskriterien

Bewerbungen, die fristgerecht einlangen, werden in einem ersten Schritt auf Basis der in der Bekanntmachung genannten Eignungskriterien einer Eignungsprüfung unterzogen. Diese sollte folgende Dimensionen umfassen:

- Befugnis
- Fachwissen
- Leistungsfähigkeit
  - finanziell
  - technisch
  - wirtschaftlich
- Zuverlässigkeit

Grundsätzlich sind alle Bewerber, welche die Mindest- oder Eignungskriterien erfüllen, für die Teilnahme am Dialog einzuladen, sofern in der Bekanntmachung keine Maximalzahl angegeben wurde, oder dieser optionale Maximalwert nicht überschritten wird.<sup>137</sup> An dieser Stelle wird nochmals darauf hingewiesen, dass von der freiwilligen **Angabe einer Maximalzahl** in den meisten Fällen Gebrauch gemacht werden sollte, da der Abwicklungsaufwand in der Dialogphase schnell überfordernd werden kann. Denkbar wären jedoch Ansätze, in denen in einer ersten – für Auftraggeber und Bieter sehr reduziert gehaltenen – Dialogrunde möglichst viele verschiedene Ideen generiert werden sollten, um vor Beginn der zweiten Runde die Teilnehmerzahl radikal auf ein vertretbares Niveau zu reduzieren. Inwieweit ein solcher Ansatz aufgrund der begrenzten Anzahl potenzieller Bieter für komplexe Großprojekte ein realistisches Szenario sein kann, ist fraglich.

#### 4.2.2.2 Schritt 2: Auswahl anhand Auswahlkriterien

**Günstig** ist es, wenn **mehr Teilnehmer** die **Eignungskriterien erfüllen** als für den Dialog vorgesehen sind. Damit können in einem zweiten Schritt anhand der **Auswahlkriterien**, die ebenfalls in der Bekanntmachung festgehalten wurden, aus den verbliebenen Bewerbern die **besten ausgewählt** werden. Der Vorteil des zweiten Schrittes liegt darin, dass die Auswahlkriterien spezifischer auf die Projektziele ausgerichtet werden können, da sie im Gegensatz zu den Eignungskriterien keine ultima-

<sup>137</sup> § 160 Abs 4 BVergG.

tive Ausscheidung von Bewerbern, sondern lediglich eine Rangreihung herbeiführen. Anhand dieser Rangreihung kann der Teilnehmerkreis auf die besten Bewerber bzw. die gewünschte Zahl innerhalb der in der Bekanntmachung gesetzten Limits reduziert werden.<sup>138</sup> Die Gewichtung der einzelnen Eignungs- und Bewertungskriterien muss ebenfalls bereits in der Bekanntgabe definiert sein.

Ungünstiger ist der Fall aus Sicht des Auftraggebers, wenn nach Beurteilung der Bewerbungen anhand der Eignungskriterien **weniger Dialogteilnehmer** übrig bleiben **als** durch die **Mindestzahl** in der Bekanntmachung vorgesehen waren. Laut § 160 BVergG Abs. 8 kann das Verfahren dennoch fortgesetzt werden, im Extremfall auch mit einem einzigen geeigneten Bewerber. Da in der Dialogphase entsprechend der Legaldefinition des WD mit einem Bewerber mehr als ein Lösungsweg erarbeitet werden darf,<sup>139</sup> kann diese Vorgehensweise dennoch innovative Lösungen entstehen lassen.

Der gesamte Auswahlprozess muss in nachvollziehbarer Form dokumentiert werden.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> FINK/HEID: Ablauf des Vergabeverfahrens. In: Handbuch Vergaberecht, S. 195.

<sup>139</sup> Vgl. § 25 Abs. 9 BVergG 2006

<sup>140</sup> § 160 Abs 7 BVergG 2006

### 4.3 STUFE 2: Dialogphase

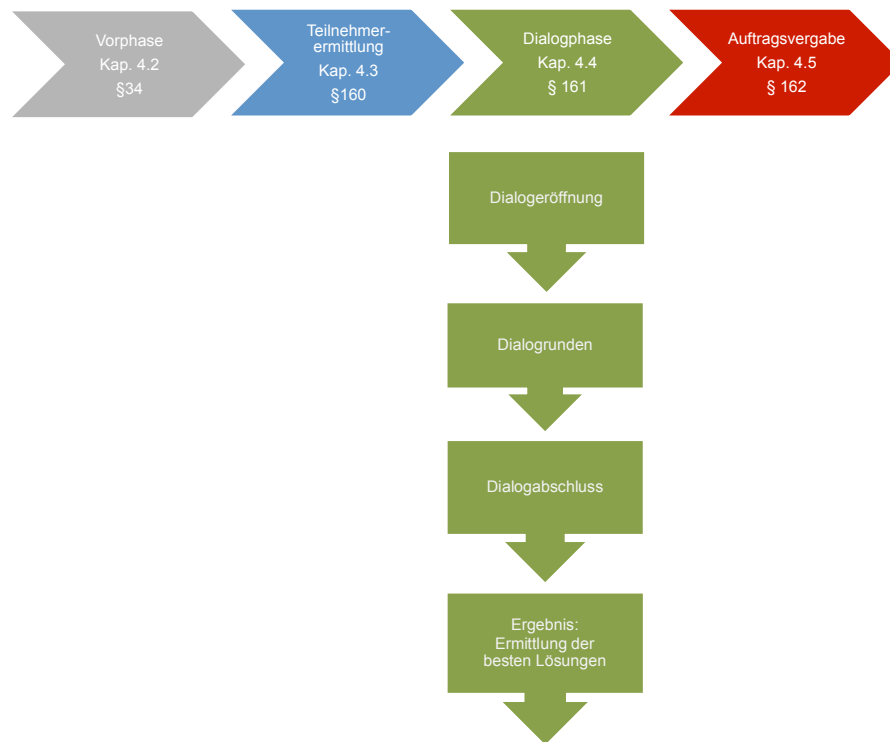


Abbildung 4.4: Übersicht über die Stufe 2 des WD; eigene Darstellung<sup>141</sup>

Die Dialogphase ist das eigentliche Kernelement des Wettbewerblichen Dialogs. Laut § 25 Abs. 9 BVergG 2006 „führt der Auftraggeber [...] 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.“<sup>142</sup>

Die Regelungen für die Anforderungen an die Dialogphase und deren Ablauf finden sich im § 161 BVergG. Im Sinne einer möglichst umfassenden Optimierung kann der Auftraggeber mit *allen* Vertretern der Bieter die Ergebnisse *aller* Aspekte des Auftrages besprechen. Bei komplexen Projekten ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich bei diesen Erörterungen neue Aspekte ergeben oder sich das Profil der eigenen Bedürfnisse ändert. Dazu erlaubt der Gesetzgeber geringe Anpassungen, sofern diese zu keiner Diskriminierung oder Wettbewerbsverzerrung füh-

<sup>141</sup> Grafik in Anlehnung an: PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 485.

<sup>142</sup> § 25 Abs. 9 BVergG 2006

ren<sup>143</sup> und es zu keiner Änderung der „*grundlegenden Elemente der Bekanntmachung, sowie der Beschreibung*“<sup>144</sup> kommt.

Nach HEIERMANN<sup>145</sup> kann der Ablauf der Dialogphase grob in drei Abschnitte untergliedert werden:

1. Dialogeröffnung zur Klärung der Rahmenbedingungen
2. Dialogrunden
3. Dialogabschluss

Diese drei Abschnitte werden nun erläutert und anschließend werden allfällige Empfehlungen gegeben.

#### 4.3.1 Dialogeröffnung

---

Vor dem Start der Dialoge hat der Auftraggeber an alle geeigneten bzw. nach Anwendung der Auswahlkriterien auf die Höchstanzahl eingeschränkten Teilnehmer eine Aufforderung zum Dialog auszusenden.<sup>146</sup>

##### 4.3.1.1 Aufforderung zum Dialog mittels Beschreibung

Der in der Fachliteratur zumeist gebrauchte Begriff der **Beschreibung** taucht im entscheidenden 7. Abschnitt des BVergG 2006 explizit in § 160 Abs. 2 mit einem Verweis auf Abs. 9 auf, in dem dann nur noch von der **Aufforderung** gesprochen wird. In Absatz 9 werden dann die Mindestinhalte der *Beschreibung* bzw. *Aufforderung* angeführt: Diese sind

1. Internetadresse, unter der Unterlagen für die Teilnehmer verfügbar sind;
2. Anschrift bzw. elektronische Adresse zur Anforderung zusätzlicher Unterlagen;
3. Beträge zur Ausstellung bereitgestellter Unterlagen sowie die Zahlungsbedingungen;
4. Ein Hinweis auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung;
5. Die Gewichtung oder gegebenenfalls eine Rangfolge der Bedeutung der Zuschlagskriterien;
6. Der Termin, bis zu dem die Bewerber einen oder mehrere Lösungsvorschläge vorzulegen haben;

<sup>143</sup> Vgl.: § 162 Abs. 1 und Abs. 4 BVergG 2006

<sup>144</sup> § 162 Abs. 1 BVergG 2006

<sup>145</sup> Vgl.: HEIERMANN, W.: Der Wettbewerbliche Dialog. S. 773ff.

<sup>146</sup> Vgl.: § 160 Abs. 9 BVergG 2006

7. Die Adresse zur Einreichung dieser Lösungsvorschläge;
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.<sup>147</sup>

Hinsichtlich der eigentlichen Dialogeröffnung formuliert der österreichische Gesetzgeber keine spezifischen Vorgaben. HEIERMANN<sup>148</sup> schlägt zwei unterschiedliche Startvarianten vor, die nun kurz vorgestellt werden sollen.

#### **4.3.1.2 First-written-essential**

Der Auftraggeber fordert die Teilnehmer dazu auf, bereits vorab erste konzeptionelle Vorschläge auszuarbeiten und einzureichen. Für diese Ausarbeitung ist allen Bietern die gleiche Bearbeitungsfrist vorzugeben. Für den Auftraggeber bedeutet dies, dass er den Dialogteilnehmern eine ausreichend detaillierte Beschreibung des Auftrages zur Verfügung stellen muss. Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt darin, dass bereits in der ersten Dialogrunde beide Seiten über einen vertieften Informationsstand verfügen und grundsätzliche Lösungskonzepte diskutieren können.

#### **4.3.1.3 Kick-off-meeting**

Bei dieser Form der Eröffnung werden die Teilnehmer zu einer ersten Gesprächsrunde geladen. Hier bietet sich dem Auftraggeber die Gelegenheit, den Auftrag gegenüber den Teilnehmern persönlich zu präsentieren bzw. auf deren Fragen einzugehen. Ein weiterer Vorzug dieser Vorgehensweise ist, dass mit den Dialogrunden früher begonnen werden kann und der Aufwand für die Beschreibung geringer ist. Des Weiteren entfällt die Durchsicht von Vorkonzepten wie in der Variante First-written-essential.

Da nun §160 Abs. 9 Z 6 BVergG 2006 festlegt, dass die Aufforderung zur Teilnahme am WD einen Termin enthalten muss, bis zu dem die Bewerber „ihren Lösungsvorschlag oder ihre Lösungsvorschläge vorzulegen haben“,<sup>149</sup> ist PRIMIG<sup>150</sup> der Meinung, dass in Österreich die Dialogeröffnung grundsätzlich nur mittels „First-written-essential“-Verfahren durchgeführt werden darf bzw. wenn dennoch ein „Kick-off-meeting“ ge-

<sup>147</sup> §160 Abs. 9 Z 1 bis 9 BVergG 2006

<sup>148</sup> HEIERMANN, W.: Der Wettbewerbliche Dialog. S. 773.

<sup>149</sup> §160 Abs. 9 Z 6 BVergG 2006

<sup>150</sup> PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 489.

wünscht ist, von den eingeladenen Teilnehmern zusätzlich ein „First-written-essential“ beim ersten Termin eingereicht oder präsentiert werden müsste.

### 4.3.2 Dialogrunden

Prinzipiell steht es dem Auftraggeber frei, wie viele Dialogrunden er durchführen möchte bzw. ob er von Runde zu Runde wenig aussichtsreiche Lösungsvorschläge sukzessive eliminiert („*Short-listing*“). Er hat dies jedoch den Bietern bereits in der Bekanntmachung mitzuteilen.

#### 4.3.2.1 “Short-Listing“: Von der Breite in die Tiefe

Wie schon weiter oben besprochen, empfiehlt es sich, von dieser Option des „Short-Listing“<sup>151</sup> Gebrauch zu machen, um zu Beginn aus dem vollen Spektrum an Lösungsrichtungen wählen zu können, in den von Runde zu Runde vertieften Ausarbeitungen am Ende effizient die besten weiterzuentwickeln und sie mit der für komplexe Projekte gebotenen Tiefe zu diskutieren. Gleichzeitig hält sich durch die sukzessive Selektion der Aufwand für alle Beteiligten im dafür maximal notwendigen Rahmen. Die Ausscheidung erfolgt auf Basis der in der Bekanntmachung bzw. spätestens in der Beschreibung festgelegten Zuschlagskriterien, die unter diesen Anwendungsbedingungen eigentlich als Auswahlkriterien eingesetzt werden können.

Der Gesetzgeber sieht vor, dass die Dialogphase vom Auftraggeber so lange fortgesetzt werden kann, bis er mit dem Bieter oder den Bietern *„die Lösung oder die Lösungen ermittelt hat, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse und Anforderungen am besten geeignet ist oder sind“*<sup>152</sup>. Gemäß dieser Regelung wäre es prinzipiell denkbar, die Dialogphase so lange fortzusetzen, bis nur noch eine Lösung übrig bleibt. HEID und KURZ verweisen jedoch auf die europäische Vergaberichtlinie, in der laut Art. 29 Abs. 5 iVm Art 44 Abs. 4 mindestens so viele für die letzte Phase ausgewählt werden müssen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.<sup>153</sup> HEID und KURZ kommen zum Schluss, dass die Reduktion der Lösungsanzahl auf eine einzige nur dann zulässig wäre, wenn überhaupt nur eine Lösung von geeigneten Teilnehmern einlangt. Bei Einreichung mehrerer Lösungen von geeigneten Teilnehmern darf bzw. muss das „Short-Listing“ bei mindestens zwei Teilnehmern gestoppt werden, womit ein echter Wettbewerb gewährleistet wäre.<sup>154</sup> Jede Ausscheidung

<sup>151</sup> HEID, S.; KURZ, T.: Wettbewerblicher Dialog. S. 338.

<sup>152</sup> § 161 Abs. 6 BVergG 2006

<sup>153</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION: Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004.

<sup>154</sup> HEID, S.; KURZ, T.: Wettbewerblicher Dialog. S. 339.

von Teilnehmern oder Lösungen – der Gesetzgeber schließt nicht aus, dass von einem Teilnehmer mehrere Lösungen eingereicht werden – muss mit einer schriftlichen Begründung spätestens eine Woche nach Abschluss einer Dialogrunde dem betroffenen Teilnehmer bekannt gegeben werden. Stehen dieser Begründung Geschäftsinteressen anderer Unternehmen entgegen oder würde eine solche Begründung den Wettbewerb im Vergabeprozess stören, kann die Bekanntgabe der Begründung verweigert werden.<sup>155</sup>

#### 4.3.2.2 Transparenz und Vertraulichkeit

Während der gesamten Dialogphase ist dafür zu sorgen, dass allen Teilnehmern im Sinne der Transparenz und Gleichbehandlung die gleichen Informationen zur Verfügung gestellt werden, um Diskriminierung zu vermeiden. Gleichzeitig fordert der Gesetzgeber, dass „*Lösungen, Teile von Lösungen, oder vertrauliche Informationen eines Teilnehmers nur mit dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergegeben werden*“<sup>156</sup> dürfen. Somit sollte große Sorgfalt betrieben werden, spezifische Informationen, die in der gemeinsamen Lösungssuche durch den Bieter erarbeitet wurden, von solchen Informationen zu trennen, die im Verlauf des Prozesses seitens des Auftraggebers Festlegungen erfordern, welche auch allen anderen Teilnehmern im Sinne der Gleichbehandlung und Transparenz zur Verfügung gestellt werden müssen. Als Beispiel wäre es denkbar, dass im Zuge der Fragenbeantwortung an einen Bieter spezifische behördliche Vorgaben zur Sprache kommen. LOSKANT unterscheidet in diesem Zusammenhang Allgemeininteressen von bieterinduzierten Interessen. Erstere sind im Sinne der Gleichbehandlung allen Teilnehmern mitzuteilen, letztere beinhalten planerische und geistig-schöpferische Leistungen. Da es schwierig ist, diese voneinander zu unterscheiden und dies nur im Einzelfall geschehen kann, empfiehlt LOSKANT, die Zuordnung der Informationen auf Basis ausführlicher Protokollierung mit den Bietern gemeinsam durchzuführen.<sup>157</sup> Dies entspricht auch der Stoßrichtung der gesetzlichen Regeln zum Schutz der Vertraulichkeit, wonach der Auftraggeber vertrauliche Informationen nur mit Zustimmung des betroffenen Dialogpartners an *alle* (Diskriminierungsverbot) anderen Dialogpartner weitergeben darf.<sup>158</sup> Die Erfahrungen aus Deutschland zeigen eindrücklich, dass die Vertraulichkeit für die

<sup>155</sup> § 161 Abs. 5 BVergG 2006

<sup>156</sup> § 161 Abs. 1 BVergG 2006

<sup>157</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 94f. und 156f.

<sup>158</sup> Vgl.: § 161 Abs. 4 BVergG



Auftraggeber beim WD ein zentrales Thema darstellt. Auf der Seite der Bieter gilt die Vertrauensbildung als die erstgereichte Herausforderung.<sup>159</sup>

#### 4.3.2.3 Entschädigungsmodell mit Incentives

Im Gegensatz zum deutschen stellt der österreichische Gesetzgeber es den Auftraggebern frei, ob sie eine Entschädigung für die Dialogteilnahme an die Teilnehmer auszahlen. Auf die positive Wirkung von Entschädigungszahlungen für den im Vergleich zu anderen Vergabeverfahren sehr hohen Aufwand wurde bereits weiter oben eingegangen. Hinsichtlich der Ausgestaltung empfehlen LOSKANT<sup>160</sup> sowie PRIMIG,<sup>161</sup> Entschädigungszahlungen zumindest teilweise in Form von Prämien oder Incentives (Vergünstigungen) auszuzahlen. Damit soll die Bereitschaft der Teilnehmer erhöht werden, Informationen zu innovativen Lösungsansätzen oder zumindest Teile davon für die Weitergabe an die anderen Teilnehmer freizugeben. Dies bietet wiederum den Vorteil, dass eine Vereinheitlichung der Lösungsansätze vor Beginn der Angebotsphase unterstützt wird. Dadurch wird später die Vergleichbarkeit der eingereichten Angebote erleichtert.<sup>162</sup>

Hinsichtlich des einzuhaltenden Gleichheitsgrundsatzes argumentiert LOSKANT, dass bei ungleich engagierten Teilnehmern eine Ausschüttung gleich hoher Entschädigungen unabhängig von der erbrachten Leistung ebenso als Ungleichbehandlung ausgelegt werden kann.<sup>163</sup>

#### 4.3.2.4 Vertraulichkeit, Zeitplanung, Gleichbehandlung und Fairness

Dass auf die Grundsätze, auf die im 2. Kapitel eingegangen wurde, in der Verfahrensorganisation bis ins kleinste Detail Bedacht genommen werden muss, zeigt sich in den Vorkehrungen, die für die Ablauf- und Terminplanung getroffen werden müssen. Da bei in der Regel zu empfehlenden fünf Dialogteilnehmern, die dazu aufgefordert sind, nacheinander Termine mit dem Auftraggeber wahrzunehmen, nicht alle Gespräche an einem einzigen Tag durchgeführt werden können – es sind auch Vor- und Nachbearbeitungen zwischen den Terminen einzukalkulieren – muss die Bereitstellung von Unterlagen und Informationen für die Teilnehmer ebenfalls dementsprechend zeitlich versetzt erfolgen.<sup>164</sup> Es

<sup>159</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 94f. und 158ff.

<sup>160</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S.145f.

<sup>161</sup> Vgl.: PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren im BVergG. S. 490f.

<sup>162</sup> Vgl.: PRIMIG, H.: Der Wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren im BVergG. S. 491.

<sup>163</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S.145.

<sup>164</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 94f. und 154f

wird auch empfohlen, dass die Gleichbehandlung nicht nur unter den Dialogteilnehmern sondern unter allen Dialogpartnern ernst genommen werden sollte, d.h. der Auftraggeber sollte im Sinne der Fairness die Anforderungen hinsichtlich der Zeitplanung auch selbst leben. Knappe Bearbeitungsfristen für die Teilnehmer sollten sich in raschen Reaktionen und Fragenbeantwortungen widerspiegeln.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 154f.

## 4.4 STUFE 3: Auftragsvergabe

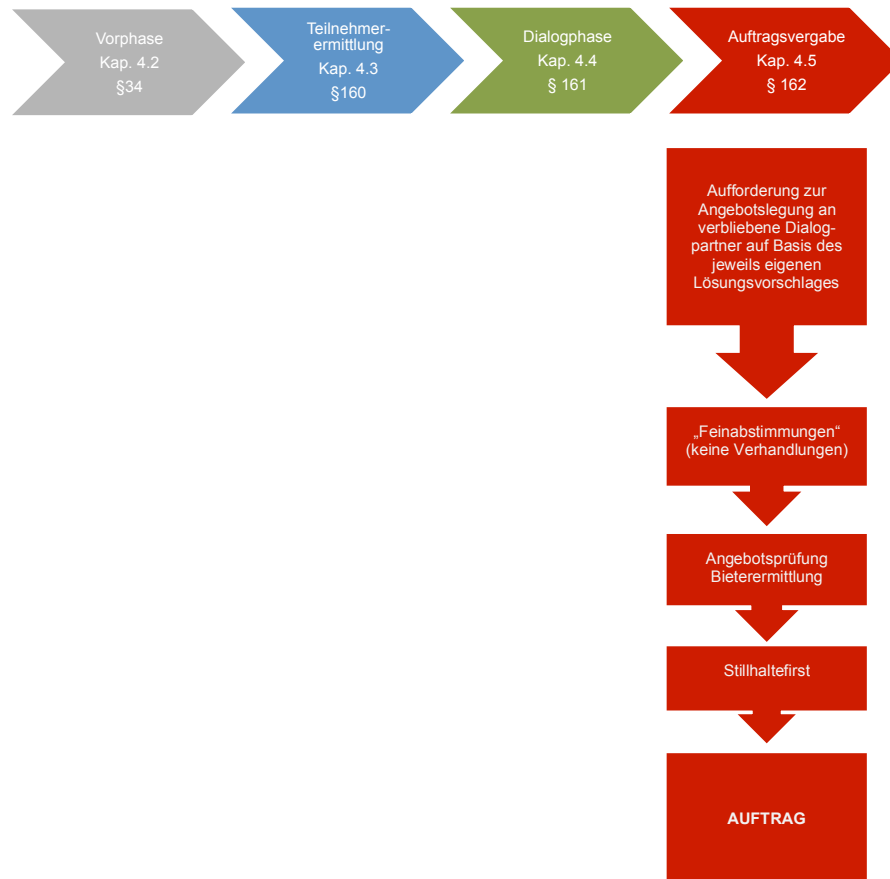


Abbildung 4.5: Übersicht über die Stufe 3 der Auftragsvergabe; eigene Darstellung<sup>166</sup>

Die Auftragsvergabe ist die letzte Stufe im Rahmen des Wettbewerblichen Dialogs. Die wesentlichen Schritte sind in der Abbildung 4.5 in ihrer Abfolge dargestellt. Auf diese soll nun im Einzelnen eingegangen werden.

### 4.4.1 Aufforderung und Angebotslegung

Die Bieter mit den besten Angeboten am Ende der Dialogphase werden nun aufgefordert, zu ihren Lösungsansätzen ein Angebot abzugeben. Im kleinen Ausmaß können nun noch „Feinabstimmungen“ der spätestens in der Aufforderung zur Dialogphase festgelegten Definitionen hinsichtlich der Bedürfnisse des Auftraggebers bzw. der Zuschlagskriterien statt-

<sup>166</sup> Grafik in Anlehnung an: PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 485.

finden. Der Gesetzgeber gesteht diese geringfügigen Veränderungen, die sich das Auftauchen neuer Aspekte im Zuge der Dialoge ergeben können, in § 162 Abs. 1 BVergG zu. Es ist jedoch darauf zu achten, dass dies „nicht zu einer Änderung der grundlegenden Elemente der Bekanntmachung sowie der Beschreibung führt, die den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken.“<sup>167</sup> Nach OPITZ kann es in der Praxis schwierig sein, festzustellen, wo die Grenzen der „Feinabstimmung“ liegen respektive ab wann bereits eine Wettbewerbsverzerrung stattfindet.<sup>168</sup>

Für den minimalen Zeitraum zwischen der Aufforderung zur Angebotsabgabe und dem Eingang der Angebote sind weder vom europäischen, noch vom österreichischen Gesetzgeber Definitionen vorgesehen. Entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz ist lediglich allen Bietern die gleiche Frist zu setzen.<sup>169</sup>

#### 4.4.2 Prüfung und Wertung der Angebote

Innerhalb der in der Aufforderung zur Angebotslegung festgelegten Angebotsfrist sind von den Bietern Angebote auf Basis ihrer eigenen Lösungsansätze zu stellen. Das Einlangen der Angebote ist ebenso zu dokumentieren, wie die nach ihrer Öffnung durchzuführende Verlesung.<sup>170</sup>

Alle innerhalb der Angebotsfrist eingelangten Angebote sind anhand der in der Bekanntmachung oder spätestens in der Beschreibung festgelegten Kriterien zu bewerten. Eine positive Bewertung bzw. den Zuschlag darf gemäß § 159 Abs. 2 BVergG im Wettbewerblichen Dialog nur das „*technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot*“<sup>171</sup> erhalten. Dies bedeutet, dass neben dem Preis zusätzlich mindestens ein weiteres Kriterium mit einer Mindestgewichtung von 3% zu Anwendung kommen muss. Damit ist beim Wettbewerblichen Dialog die Anwendung des Billigstbieterprinzips nicht zugelassen. Ansonsten sind keine Einschränkungen für die die Zuschlagskriterien vorgesehen.<sup>172</sup>

<sup>167</sup> § 162 Abs. 1 BVergG 2006

<sup>168</sup> Vgl. OPTIZ, M.: Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? S. 455.

<sup>169</sup> PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG.S 491.

<sup>170</sup> PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG.S 492.

<sup>171</sup> § 159 Abs. 2 BVergG. 2006

<sup>172</sup> Vgl.: PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 492.

WERSCHITZ und RAGOSSNIG<sup>173</sup> geben folgende Beispiele von Kriterien für Bestbietervergaben:

- Qualität
- Preis
- Technischer Wert
- Ästhetik
- Zweckmäßigkeit
- Umwelteigenschaften
- Betriebskosten
- Rentabilität
- Kundendienst
- Lieferzeitpunkt
- Gewährleistungsfristen
- Lieferfristen
- Ausführungsfristen<sup>174</sup>

Diese Kriterien sind entsprechend der in der Bekanntgabe oder Beschreibung festgelegten Gewichtung oder zumindest Rangfolge anzuwenden. Das damit ermittelte *beste Angebot* wird mit der Absicht zur Zuschlagsentscheidung allen Bietern bekanntgegeben. Den nicht zum Zug gekommenen Bietern wird die Begründung der Entscheidung mitgeteilt. Diese Mitteilung muss darüber hinaus folgende Angaben enthalten:

- Motive für die Ablehnung
- Vergabesumme
- Merkmale des besten Angebots
- Ende der Stillhaltefrist

Letztere beträgt mindestens 14 Tage.<sup>175</sup> Danach kann der Zuschlag erteilt werden.

<sup>173</sup> Vgl.: WERSCHITZ, O.; RAGOSSNIG, A.: Österreichisches Vergaberecht. S. 128.

<sup>174</sup> Vgl. PRIMIG, H.: Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. S. 492.

<sup>175</sup> § 132 Abs. 1 BVergG 2006

## 4.5 Bewertung des WD und sein Vergleich zu anderen Vergabeverfahren

In diesem Abschnitt des Hauptkapitels soll eine zusammenfassende Bewertung des WD als Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge gegeben werden. Zunächst werden die Chancen und Risiken seiner Anwendung in einer Kurzübersicht dargestellt und anschließend wird ein Vergleich zu anderen Vergabeverfahren, im Speziellen zum Verhandlungsverfahren gezogen, das die größte Ähnlichkeit hinsichtlich Struktur und Anwendungsbereich aufweist.

### 4.5.1 Chancen und Risiken

Welche Chancen und Vorteile ergeben sich bei der Wahl eines WD im Vergleich zu anderen Vergabeverfahren? Die nachstehende Aufstellung nach LOSKANT<sup>176</sup> gibt dazu einen guten Überblick:

<b>Chancen und Risiken bei der Anwendung des WD aus Sicht des Auftraggebers</b>	
<b>Chancen</b>	<b>Risiken</b>
Neue Gestaltungsspielräume für Vergabeverfahren.	Rechtsunsicherheit bei Anwendbarkeit. In der Folge Vergabebeschwerden. Aufgrund typischerweise hoher Auftragssummen.
Die partnerschaftliche Ausverhandlung von Lösungen ermöglicht die Ausverhandlung einer fairen Allokation von Chancen und Risiken.	Zeitliche Länge des Verfahrens (Dialogphase). Folglich auch längerer Angriffszeitraum für Vergabebeschwerden.
Kreativität, Know-how und Kompetenz privater Unternehmen nutzbar.	Ergebnis und Erfolg des Verfahrens zu Beginn ungewiss.
Identifikation der wirtschaftlichsten Bauweise.	Hoher Aufwand.
Optimierte Planungsergebnisse durch Wettbewerb der besten Ideen.	Imageschaden bei Großprojekten mit öffentlicher Aufmerksamkeit.
Reduktion des vergaberechtlichen Streitrechts zwischen AG und AN.	

<sup>176</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 96.

**Tabelle 4.2: Chancen und Risiken aus Sicht des Auftraggebers bei der Anwendung des wettbewerblichen Dialogs**

## 4.5.2 Stärken und Schwächen des WD im Vergleich zu anderen Vergabeverfahren

---

### 4.5.2.1 Gestaltungsspielraum vs. Rechtssicherheit

Von allen vier für die Vergabe von Bauleistungen im Oberschwellenbereich vorgesehenen Vergabeverfahren, WD, offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren überlässt der WD dem Auftraggeber die größten Gestaltungsspielräume für den Vergabeprozess. Ansonsten bietet das Verhandlungsverfahren immerhin für die Verhandlungsphase noch die größten Freiheiten. Dies ist sicherlich ein Grund für seinen häufigen Einsatz bei PPP-Projekten, also in einem Anwendungsbereich, für den vom europäischen Gesetzgeber der WD entwickelt worden ist.<sup>177</sup> Aufgrund seiner seltenen Anwendung fehlt es an Judikatur, die dem Anwender Orientierung und Rechtssicherheit bieten würde. Ein Punkt, der gerade wegen der vom Gesetz eingeräumten Gestaltungsspielräume von besonderer Relevanz ist. Wenn sich aufgrund dieser Rechtsunsicherheit kaum *mutige* Auftraggeber finden, die diese Risiken klären oder in Kauf nehmen, beißt sich die Katze sozusagen in den Schwanz und der Wettbewerbliche Dialog führt noch längere Zeit ein Schattendasein.

### 4.5.2.2 Zeitpunkt der Einbindung der Bieter

Beim Wettbewerblichen Dialog wie beim Verhandlungsverfahren ist es im Gegensatz zum offenen und nicht offenen Verfahren vorgesehen, dass Auftraggeber und private Unternehmen Kontakt haben, um über den Inhalt der Angebote Abstimmungen vorzunehmen. Der wesentliche Unterschied ist der Zeitpunkt der Berücksichtigung der „Meinung“ der Bieter. Sie erfolgt beim WD sehr früh und ermöglicht im Idealfall Lösungskonzeptionen, welche eine optimale Allokation erlauben. Beim Verhandlungsverfahren hingegen sehr spät, wenn grundlegende Entscheidungen bereits getroffen wurden.

---

<sup>177</sup> Vgl. Kapitel 2.2

### 4.5.2.3 Größerer Verfahrensaufwand, geringerer Gesamtaufwand?

Die für viele potenzielle Anwender entscheidende Frage dürfte lauten, ob sich der in dieser Arbeit beschriebene relativ große Verfahrensaufwand bezahlt macht. Dazu kommt die derzeit wegen der fehlenden Judikatur gegebene Rechtsunsicherheit. LOSKANT und OSEBOLD<sup>178</sup> kommen in Ihren empirischen Studien auf Basis von Befragungen zu dem Schluss, dass hinsichtlich grundlegender Projektdimensionen, Vorbereitungs- bzw. Planungsaufwand, Zeit, Kosten und Qualität folgende Bewertung gegeben werden kann:

#### Projektvorbereitungs- und Planungsaufwand

Die Umsetzungsbeispiele in Deutschland zeigen, dass durch die Anwendung des wettbewerblichen Dialoges kein geringerer Projektvorbereitungs- und Planungsaufwand realisiert werden kann. Die Auslagerung von Teilen der Planung auf die Unternehmen wird durch den erhöhten Aufwand beim Auftraggeber wieder aufgehoben.<sup>179</sup>

#### Kosten

Der Dialogprozess bringt eine intensivere Auseinandersetzung mit den eigenen Fähigkeiten und Bedürfnissen auf beiden Verhandlungsseiten mit sich. Hinsichtlich der Umsetzungspraxis profitiert der Bieter von der Abstimmung der Lösung auf seine Fähigkeiten und Kapazitäten. Der Anwender wird durch die Rückfragen der Bieter, die unter Konkurrenzdruck den Auftraggeber auf überflüssigen „Speck“ am Bestellprofil abklopfen, zu einer genaueren Vorstellung dessen, was wirklich gebraucht wird und was nicht geleitet. *Over-engineering* kann so vermieden werden. Durch die Möglichkeit der Weitergabe des Bestellprofils an die anderen Bieter, sofern es sich nicht um lösungsspezifische Informationen handelt, kann dieser Effekt multipliziert werden. Optimierungspotenziale führen im Vergleich zu anderen Vergabeverfahren zu Kosteneinsparungen, die von den Bietern mit ca. 5%, von den Auftraggebern sogar mit 10-15% angegeben werden.<sup>180</sup>

#### Zeit

<sup>178</sup> Vgl. OSEBOLD, R.; LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog – Erste Praxiserfahrungen. S. 386-391.

<sup>179</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 97.

<sup>180</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 93.



Wie schon beim Kostenfaktor eröffnen die beidseitigen Sondierungen Einsparungspotenziale in der Abwicklung und Errichtung, sowie eine individuell auf den Bieter abgestimmte Vergütungslösung. Dadurch kann die längere Zeitspanne des Vergabeprozesses zumindest teilweise kompensiert werden. Eine darüber hinausgehende Zeiteinsparung sollte nicht erwartet werden. Die gemeinsam ausverhandelte Planung besitzt eine höhere Verbindlichkeit und reduziert das Risiko von Verzögerungen.<sup>181</sup>

### Qualität

Die Befragungen von LOSKANT<sup>182</sup> zeigen, dass Auftraggeber mit der erzielten Qualität zufrieden waren. Den Projekten wird eine qualitativ sehr hochwertige Planung und Ausführung zugeschrieben.

#### 4.5.2.4 Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren

Abschließend soll eine Gegenüberstellung zwischen WD und Verhandlungsverfahren einen raschen Überblick über wesentliche Unterschiede liefern.

Beurteilungsdimension	Wettbewerblicher Dialog (WD)	Verhandlungsverfahren (VV)
Gestaltungsspielräume des Vergabeprozesses bzw. Anpassbarkeit an Projekterfordernisse	Größter Gestaltungsspielraum im Oberschwellenbereich.	Relativ große Gestaltungsspielräume.
Einbeziehung des Know-hows der Bieter.	Bereits in Frühphase, daher optimale Allokationsmöglichkeiten für Ressourcen und Risiken.  Chance für Faires Outsourcing.	Erst relativ spät. Grundsätzliche Festlegungen müssen vom Auftraggeber selbst durchgeführt werden.
Verfahrensaufwand und Verfahrensdauer <sup>183</sup>  Kosten und Dauer des Gesamtprojekts	Grundsätzlich länger als bei VV  mind. 6-10 Monate  Bieter-Know-how erlaubt Überkompensierung des Verfahrensaufwandes bei Kosten und Zeit.	Abhängig von Gestaltung, der Verhandlungsphase  Tendenziell kürzer als WD.
Anwendungsbereich	§ 34 BVerG Abs. 1 bis 2  Gesetzlich stark einge-	§ 28 BVergG Abs. 1 Z 1 bis 3  Z 1: Undurchführbarkeit von:

<sup>181</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 92.

<sup>182</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 98.

<sup>183</sup> Vgl. LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 154.

	schränkt auf Abs 1: „ <i>besonders Komplexe Aufträge</i> “  Abs. 2: <i>Objektive Unmöglichkeit der Durchführbarkeit der des OV und des NOV.</i>	OV, NOV und WDWD Z 2: Forschungs-, Versuchs- und Entwicklungsprojekte  Z 3: Bauleistungen, die „ <i>der Natur nach</i> “ für globale Preisgestaltung zu riskant sind.
Rechtssicherheit bezüglich Anwendungsvoraussetzungen und Verfahrensregeln	Fehlende Judikatur insbesondere zum Anwendungsbereich.	Mittlerweile ausreichend hohe Rechtssicherheit.
Vergleichbarkeit der Angebote	Abhängig davon, wie weit am Ende des Dialogs die Vereinheitlichung der Lösungen der Bieter gelingt.  Große Abweichungen möglich.	Wegen Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen durch den Auftraggeber und später Einbeziehung der Bieter in Verhandlungen sind Angebote gut vergleichbar.
Verbindlichkeit: Kostensicherheit Qualitätssicherung Konfliktpotenzial	Durch faire Ausverhandlung der Kosten- / Risikoallokation sowie Abstimmung der Lösungswege auf Kompetenzen des Bieters kann hohe Verbindlichkeit erzielt werden.	Aufgrund einseitiger Festlegungen durch späte Einbeziehung der Unternehmen höheres Konfliktpotenzial, das in der Verhandlungsphase nicht immer ausreichend gelöst wird:

Tabelle 4.3: Vergleich des Wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens

#### 4.6 Herausforderungen bei der Anwendung des WD

Am Ende dieses Kapitels soll eine Zusammenstellung der besonderen Herausforderungen stehen, die sich im Zuge eines Wettbewerblichen Dialoges auf der Seite der Auftraggeber ergeben. LOSKANT<sup>184</sup> nennt dazu folgende Punkte:

- **Weitergabe von Information** ohne Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip auf der einen und das Vertraulichkeitsgebot auf der anderen Seite
- **Aufbau einer Vertrauensbasis** mit den Verfahrensteilnehmern
- **Gestaltung der Vorgabe** durch den Auftraggeber im Spannungsverhältnis zwischen exakter Zieldefinition
- **Zielgerichtete Kommunikation** zu den Dialogteilnehmern
- **Aufwendiger und permanenter Abgleich** der vorgegebenen Rahmenbedingungen und sonstigen Vorgaben des Auftraggebers zur Übereinstimmung mit den Lösungsvorschlägen.
- **Rekrutierung geeigneter Berater** hinsichtlich Vergaberecht und Projektmanagement

<sup>184</sup> Vgl.: LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle, S. 94.

- **Interessenausgleich** zwischen den Stakeholdern.<sup>185</sup>

Um einen partnerschaftlichen Dialog zu fördern, muss auf die Sichtweisen und Bedürfnisse der anderen Seite eingegangen werden. LOSKANT liefert auch dazu entsprechende Themen, die als Herausforderungen gesehen werden:

- **Vertrauensfindung** zum Auftraggeber
- **Effiziente Nutzung der Dialogphasen** zur gemeinsamen Projektoptimierung
- Bewältigung des **enormen Aufwandes** während der Verfahrensteilnahme
- **Architektonische Umsetzung**
- Wirtschaftliche **Umsetzung des Raumprogrammes**
- **Motivation und Zusammenhalt** im Wettbewerbsteam
- **Brandschutzvorschriften**<sup>186</sup>

Bemerkenswert ist bei dieser Auflistung die große Bedeutung, die beide Seiten, also sowohl Auftraggeber als auch Bieter, dem Thema Vertrauen und Kommunikation im Speziellen und Softfacts im Allgemeinen beimessen.

Aus systemtheoretischer Sicht kann diese Gewichtung jedoch gut begründet werden. Das Verfahren ist vom Gesetzgeber sehr offen angelegt, mit dem Ziel, genügend Spielraum für die Entwicklung innovativer Lösungen zu bieten, die zur Bewältigung einer komplexen Aufgabenstellung, die nicht linear-kausal gelöst werden kann. Die geringe Regelungsdichte erlaubt eine größere Varianz an Interaktionen. Dort wo externe Regelungen fehlen, die für die Lösung der komplexen Aufgabenstellung hilfreiche Kontingenz an Handlungs- und Interaktionsmöglichkeiten wird mit der Kehrseite, der Erwartungsunsicherheit erkaufte. Vertrauen, das nach LUHMANN<sup>187</sup> eine soziale Institution zur Reduktion von Komplexität ist, kann diese Erwartungsunsicherheit reduzieren ohne die prinzipielle Handlungsvarianz der Akteure im selben Ausmaß einzuschränken. In einer Atmosphäre des Vertrauens bleibt unreguliertes oder unerwartetes Verhalten, nicht sofort als Gefahr verstanden. Neuem wird damit nicht mehr mit Abwehr begegnet.

Sollte sich ein Auftraggeber diesen Herausforderungen gewachsen fühlen, sollte dieses Vergabeverfahren den rechtlichen Anwendungsvoraussetzungen genügen und sollten in der Beurteilung der Sinnhaftigkeit sei-

<sup>185</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 94.

<sup>186</sup> LOSKANT, D.: Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. S. 95.

<sup>187</sup> Vgl.: LUHMANN: Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität.

ner Anwendung Vorteile und Chancen gegenüber den Nachteilen und Risiken überwiegen, liegt es nah nach der Lektüre, seine Anwendung zu versuchen. Wer es wagt, kann sich in Österreich derzeit noch einer Pioniertat rühmen.

## 5 Zusammenfassung und Bewertung des Wettbewerblichen Dialogs

Wie in Kapitel 2.2 gezeigt, liegt der Ursprung des WD in der politischen Zielsetzung begründet, dem öffentlichen Auftraggeber ein neues Vergabeinstrument in die Hand zu geben, damit PPP-Projekte adäquater konzipieren und vergeben werden können. Ein wesentlicher Impuls kam Ende der 1990er Jahre in Verbindung mit den Plänen zum Ausbau und zur Errichtung großer transnationaler Infrastrukturprojekte. Um die Realisierung solcher Projekte effizienter zu gestalten, war es erforderlich, die technischen und finanziellen Gegebenheiten sowie das Know-how der privaten Unternehmen besser in das Verfahren einzubinden. Gerade von Unternehmerseite wurde der Wunsch formuliert, nicht nur stärker, sondern auch früher in die Konzeption von Projekten dieser Art eingebunden zu werden. Die klassischen Vergabeverfahren, nämlich das offene, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren erschienen für diesen Anspruch zu starr. Wird ein PPP-Projekt als Outsourcing-Strategie verstanden, so ist die frühzeitige Einbindung aller Akteure für eine optimale und faire Verteilung von Chancen, Risiken und Ressourcen förderlich. Der Wettbewerbliche Dialog bietet in dieser Hinsicht gegenüber dem Verhandlungsverfahren die Vorteile, dass einerseits diese Einbindung früher stattfindet und andererseits die gesamte Verfahrenskonzeption mehr Gestaltungsspielraum zur individuellen Anpassung an die Projekterfordernisse zulässt. Der mehrstufige Aufbau des WD besteht aus einer ausführlichen Projektvorbereitung, dem Teilnehmerwettbewerb, der Dialogphase mit Wettbewerb der besten Ideen und dem abschließenden auf transparenten Regelungen aufbauenden Vergabeverfahren. Er versucht, die Grundprinzipien fairer Wettbewerb, Verhinderung von Diskriminierung und Transparenz entsprechend dem europäischen Vergaberecht umzusetzen und schützt gleichzeitig die teilnehmenden Unternehmen vor Missbrauch ihrer eingebrachten Ideen. Diese geschieht durch strenge Regelungen zur Vertraulichkeit und Nachvollziehbarkeit. Diese Ansprüche erscheinen hoch, eventuell sind sie sogar zu hoch angesetzt.

Denn in der Praxis findet der WD in Österreich kaum Anwendung. Wie in Kapitel 3.1 dargestellt, wurden bisher nur vereinzelt öffentliche Ausschreibungen von Bauaufträgen im Rahmen eines wettbewerblichen Dialoges ausgeschrieben. Solange die Anzahl an umgesetzten Projekten so gering bleibt, fehlt es an der entsprechenden Rechtsprechung und an einem Erfahrungsaustausch zwischen den Anwendern, der wesentlich zur Stärkung des Vertrauens in das Verfahren beitragen könnte. Der öffentliche Auftraggeber wird mit der Gefahr der Rechtsunsicherheit konfrontiert, die in Anbetracht des für dieses Verfahren bzw. diese Projekte üblicherweise hohen Kostenaufwands umso schwerer wiegt.

In Kapitel 4.1 wird erläutert, dass die Anwendungsvoraussetzungen eng auf *besonders komplexe Aufträge* begrenzt sind. Fasst ein öffentlicher Auftraggeber den WD als Vergabeverfahren ins Auge, sollte er unbedingt vergaberechtliche Fachexpertise in Anspruch nehmen, um aufwendigen und kostspieligen Anfechtungen der Verfahrenswahl auszuweichen. Entsprechende Berater zu finden, dürfte analog zur Situation in Deutschland auch in Österreich eine Herausforderung darstellen (Kapitel 4.6). Die Anwendungsvoraussetzungen (Kapitel 4.1.1) sind jeweils im Einzelfall zu prüfen. Trotz der Bedeutung, welche der Klärung der Anwendungsvoraussetzungen beigemessen werden sollte, darf nicht übersehen werden, dass letztlich der WD nicht seiner selbst willen angewendet werden sollte. Der Auftraggeber sollte die grundsätzlichen Fragen klären, die im Zusammenhang mit den rein praktischen Voraussetzungen für die Verfahrenswahl bestehen. Das bedeutet nicht nur, zu fragen, ob man den WD anwenden *darf*, sondern insbesondere auch, ob man den WD anwenden *sollte* (Kapitel 4.1.2). Dazu gehören in etwa Fragen zur Art des Auftrages. Für die Vergabe eines PPP-Projektes erscheint der WD geradezu maßkonfektioniert. Zudem sollte beurteilt werden, ob es wirklich notwendig ist, mehrere Lösungsvarianten parallel in einem aufwendigen Verfahren zu sondieren und weiterzuentwickeln. Und auch Fragen zu seiner eigenen „*Konstitution*“ sollte der Auftraggeber ehrlich beantworten: Verfügt er über genügend Ressourcen, die richtige Unternehmenskultur bzw. eine offene Einstellung zu neuen Inhalten (Innovation) und Menschen (Vertrauensbildung)? Ist er in der Lage partnerschaftlich zu arbeiten, auf Augenhöhe zu verhandeln oder gewohnt, dass Auftragnehmer genau über das verfügen, was von ihm vorgegeben wird? Ein partnerschaftliches „Miteinander-Entwickeln“ kann nicht durch eine Überschrift „Dialog“ befohlen werden. Beide Fragen, die nach dem „*Sollen*“ und die nach dem „*Dürfen*“, müssen positiv beantwortet werden, um einen WD durchzuführen. Einen WD „einfach so“ auszuprobieren, ist eine Verschwendung eigener und fremder (Bieter-)Ressourcen.

Bevor mit dem eigentlichen Verfahren begonnen werden kann, muss eine ausreichende Vorabklärungs- bzw. Vorbereitungsphase absolviert werden (Kapitel 4.1.3). Neben der schriftlichen Abfassung der Begründung des Verfahrens in Rückgriff auf Kapitel 4.1.1. ist es für die innere Orientierung des gesamten Projektteams von Vorteil, auch die mit der Anwendung des WD verbundenen Hoffnungen und Erwartungen des Auftraggebers festzuhalten. Die operative Vorbereitung sollte mit ausreichender Sorgfalt erfolgen. Die Ziele und Bedürfnisse, die durch den WD realisiert bzw. erfüllt werden sollten, sowie deren Operationalisierung in Form von Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien sollten vor Beginn des Verfahrens hinreichend genau ausformuliert sein. Alle intern oder extern für die Verfahrensabwicklung notwendigen Ressourcen (Budget, Personal, etc.) müssen bereitgestellt und organisiert werden. Gerade auf die Auswahl des involvierten Personenkreises (d.h. die Mitglieder des WD-Teams des Auftraggebers) sollte besonderes Augen-

merk gelegt werden. Die ausgewählten Personen sollten nicht nur in fachlicher Hinsicht ihrer Rolle gerecht werden, sondern auch über entsprechende soziale, kommunikative und empathische Kompetenzen verfügen. Zudem sollten allfällige Genehmigungen eingeholt werden. Die eigentliche Dialogphase ist zu intensiv, um diese umfassenden Vorbereitungsmaßnahmen parallel nachzuholen. Ein Imageverlust könnte gerade bei Großprojekten mit Öffentlichkeitswirkung nachhaltigere negative Nachwirkungen haben als der unmittelbare finanzielle Schaden. Als Zeitplan sollten je nach Projektumfang und Komplexität sechs bis zehn Monate vorgesehen werden. Hinsichtlich der Kosten sollten nicht nur Zahlungen an die eigenen Mitarbeiter und externen Berater, sondern auch Entschädigungen der Dialogteilnehmer für ihre sehr umfangreichen Entwicklungsarbeiten einberechnet werden. Auch wenn in Österreich – im Unterschied zu Deutschland – diese Entschädigungen nicht obligatorisch zu zahlen sind, wäre eine Verweigerung nicht nur ein Verstoß gegen das für den gesamten WD-Prozess entscheidende Grundprinzip der Fairness. Vielmehr erhöht die Zahlung auch die Bereitschaft der Unternehmen, ihr eingebrachtes Know-how zur Weitergabe an andere Unternehmen freizugeben.

Nach Abschluss dieser Vorbereitungsphase kann mit dem eigentlichen Vergabeverfahren begonnen werden, das im Wesentlichen in drei Stufen unterteilt werden kann:

Die erste Stufe ist die Teilnehmerermittlung (Kapitel 4.2). Nach der Bekanntmachung (Kapitel 4.2.1) und Zusendung von Bewerbungsunterlagen von Unternehmen, die sich am Dialog beteiligen wollen, werden anhand der Eignungskriterien die geeigneten Teilnehmer ermittelt. Sollte die Anzahl der als geeignet befundenen Teilnehmer größer sein als die gewünschte und in der Bekanntmachung veröffentlichte Maximalzahl, kann mit Hilfe der an gleicher Stelle angegebenen Auswahlkriterien die gewünschte Anzahl an Dialogteilnehmern ausgesiebt werden. Empfehlenswert ist eine Anzahl von ca. fünf Teilnehmern am Beginn der Dialogphase. Dies ergibt einen vertretbaren Betreuungsaufwand und bietet gleichzeitig die Möglichkeit, in der Dialogphase die Anzahl der Teilnehmer auf Basis der Güte der Lösungsansätze sukzessive zu verringern.

Die verbliebenen Teilnehmer werden mit einer Aufforderung zum Dialog respektive Beschreibung (Kapitel 4.3.1) zum Dialog eingeladen. Im Vergleich zur Bekanntmachung beinhaltet die Beschreibung deutlich spezifischere Angaben zum Projekt. Ihre Festschreibungen haben für alle Beteiligten einen hohen Verbindlichkeitsgrad für das gesamte weitere Verfahren und müssen sorgfältig auf die Bedürfnisse und Vorgehensweise im Prozess abgestimmt sein.

Der Dialog (Kapitel 4.3) bildet den Kern des WD. Er dient der Ausarbeitung der besten Lösung(en), mit denen die Projektziele erreicht und die Bedürfnisse des Auftraggebers optimal erfüllt werden sollten. Es wird empfohlen, mehrere Runden anzusetzen und von Runde zu Runde die

Teilnehmeranzahl zu reduzieren. Man bewegt sich von der Breite in die Tiefe, d.h. profitiert zu Beginn von einem möglichst breiten Spektrum an Lösungsansätzen zur erschöpfenden Sondierung aller grundsätzlich in Betracht kommenden Varianten und kann gegen Ende hin bei gleichbleibendem Aufwand für das Projektteam den verbliebenen besten Lösungswegen eine vertiefte Betreuung anbieten.

Die letzte Phase führt hin zur Angebotsvergabe (Kapitel 4.4). Die verbliebenen Bieter werden aufgefordert, jeweils für ihre eigenen Lösungen ein konkretes Angebot zu legen. Diese Angebote werden auf Basis der gewichteten oder zumindest in einer Rangfolge angegebenen Zuschlagkriterien gereiht. Die Beurteilung muss schriftlich dokumentiert und allen Teilnehmern zugesendet werden. Nach einer Stillhaltefrist von mindestens 14 Tagen kann der tatsächliche Zuschlag erteilt werden.

Bei der Anwendung sieht sich der Auftraggeber mit einer Reihe von Herausforderungen konfrontiert (4.5). Erfahrungen aus Deutschland zeigen, dass vor allem der Frage der Vertrauensbildung und den kommunikativen Fähigkeiten zwischen Auftraggeber und Anbietern eine besondere Bedeutung für den Erfolg einer WD-Vergabe zukommt.

Sieht sich ein Auftraggeber diesen Herausforderungen gewachsen, bietet dieses Vergabeinstrument nicht nur für PPP-Projekte, sondern generell bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für komplexe Projekte ab einer Größenordnung von 5-10 Mio. EUR ein enormes Potenzial. Durch eine WD-Vergabe können gegenüber klassischen Vergabemethoden Kosteneinsparungen von 5-10 % erzielt, die Ausführungsqualität verbessert und die Claim-Problematik deutlich reduziert werden.



## 6 Fazit

Im Fazit soll zuerst eine zusammenfassende Einschätzung der Anwendungsvoraussetzungen gegeben sowie anschließend auf die zentralen Herausforderungen bei der Anwendung des Verfahrens eingegangen werden.

### 6.1 Fazit zu den Anwendungsvoraussetzungen

Wie die quantitative Erhebung der Aufträge auf der europäischen Vergabeplattform Tenders European Daily zeigt, wurde der Wettbewerbliche Dialog bisher nur selten, für die Vergabe von Bauleistungen überhaupt nur vereinzelt angewendet. Dies deckt sich mit dem bei den Recherchegesprächen für diese Arbeit gewonnenen Eindruck eines sehr geringen Bekanntheitsgrads des relativ neuen Vergabeverfahrens. Dementsprechend fehlt es an Rechtsprechungen, die Orientierung für den Erstanwender schwierig einzuschätzenden Regelungen des Gesetzgebers zu den Anwendungsvoraussetzungen. Dazu zählt zunächst der Umgang mit der Bestimmung der „objektiven Unmöglichkeit“ des Auftraggebers, eine Vergabe mit Hilfe eines offenen oder nicht offenen Verfahrens abzuwickeln. Dann folgt die Beantwortung der Frage, ab wann ein Auftrag ausreichend komplex ist, damit die zweite zentrale Anwendungsvoraussetzung gegeben ist. Eingedenk der Tatsache, dass der WD hauptsächlich für große bis sehr große Projekte in Frage kommt, ergibt sich eine ungünstige Kombination aus Ungewissheit und großer Schadenshöhe im Falle einer Anfechtung der Verfahrensvoraussetzungen durch einen Bieter.

Sollten diese juristischen Starthemmnisse ausgeräumt werden können, wirken sich die bisher wenig verbreiteten Anwendungserfahrungen noch negativ auf den Konzeptionsaufwand aus. Die vom europäischen Richtliniengeber bewusst offen gehaltenen Gestaltungsspielräume wirken sich einerseits positiv auf die Anpassbarkeit des Verfahrens an die individuellen Bedürfnisse des Auftraggebers aus. Der Anwender muss sich jedoch viele Bereiche, insbesondere die Struktur der Dialogphase, selbst stricken.

### 6.2 Fazit zur Anwendung

Der österreichische Fachdiskurs ist stark von juristischen Regelungen geprägt, was zum guten Teil eine Folge der fehlenden Anwendungspraxis ist. Diese thematische Fokussierung sollte den ambitionierten potenziellen Anwender jedoch nicht zur Annahme verleiten, dass die zentralen Herausforderungen in der Anwendung hauptsächlich juristischer Natur seien. LOSKANT zeigt eindrucksvoll, dass diese insbesondere im Bereich der sozialen Kompetenzen und der Kommunikation liegen. Dieser Umstand lässt sich gut systemtheoretisch aus der offenen legalen Konzepti-

on des Verfahrens auf der einen Seite und seiner legalen Definition seines Anwendungsbereiches für besonders komplexe Projekte auf der anderen Seite herleiten. Wenn nach LUHMANN Vertrauen eine soziale Institution zur Reduktion von Komplexität ist, ist es keine Überraschung, dass LOSKANT auf Basis empirischer Studien in der summarischen Auflistung der besonderen Herausforderungen im Rahmen der Verfahrensabwicklung für Auftraggeber und Bieter die Vertrauensbildung und die adäquate Informationsweitergabe an die oberste Stelle setzt.

### 6.3 Fazit: WD im Vergleich zu anderen Verfahren

Sieht sich ein öffentlicher Auftraggeber für diese Herausforderungen gewappnet, bietet ihm der WD mit seinen größeren Freiräumen im Vergleich zu den anderen etablierten, starrerem Vergabeverfahren *offenes Verfahren*, nicht *offenes Verfahren* und auch dem *Verhandlungsverfahren* bei Beauftragungen von komplexen Projekten, insbesondere bei PPP-Projekten, überzeugende Vorteile. Durch die frühe Einbindung der Bieter in die Erarbeitung der Lösung lassen sich die Angebotsspezifikationen treffsicherer auf die Ziele und Wünsche des Auftraggebers ausrichten. Der Zwang beim Verhandlungsverfahren, zuerst den Auftrag zu definieren und dann in den nach Angebotslegung angesetzten „Nachverhandlungen“ des Angebots die Wahrung der Identität des Auftrages zu beachten, stellt eine verfahrenstechnische *Zwangsjacke* dar, in die sich die Dialogpartner beim WD erst gar nicht begeben. Ein Vergleich der Gestaltungsspielräume des WD gegenüber den rigiden Regelungen des offenen und nicht offenen Verfahrens erübrigt sich an dieser Stelle.

Vor diesem Hintergrund ist der WD nicht nur vom europäischen Gesetzgeber explizit für die Vergabe von PPP-Projekten entwickelt worden, sondern bildet gegenüber dem Verhandlungsverfahren die verfahrensrechtlich flexibelste Plattform zu deren Vergabe.

Zur Wahl des Verfahrens sollten sich der Auftraggeber und potenzielle Anwender nicht allein auf die Frage konzentrieren, ob sie den Wettbewerblichen Dialog anwenden dürfen oder nicht. Diese „*Behördensichtweise*“ allein genügt nicht. Es sollten unbedingt auch die Fragen nach dem „*Sollen*“, dem „*Wollen*“ und dem eigenen „*Können*“ gestellt werden. D.h. für welches *Ziel* und zur Befriedigung welcher *Bedürfnisse soll* eine Vergabe stattfinden? Was *kann* der WD leisten und *kann* der Auftraggeber ihn abwickeln, besitzt er die nötigen Fähigkeiten und Kompetenzen? Fühlt sich der Auftraggeber den zu erwartenden Herausforderungen eines aufwendigeren Vergabeverfahrens gewachsen, bietet der WD als offen konzipierte Plattform, seine Anwendbarkeit vorausgesetzt, bei komplexen Großprojekten ein großes Potenzial für überdurchschnittlich gute Projektergebnisse. Diese Chancen können dann den derzeit im Vergaberechtsdiskurs thematisierten Risiken gegenübergestellt werden.

Was die erzielbaren Projektergebnisse betrifft, schneiden die Vergaben mittels WD im Vergleich zu den klassischen Verfahren hinsichtlich Zeit-, Planungs- und Vorbereitungsaufwand auf die Gesamtprojektlaufzeit umgelegt neutral ab, in den anderen Dimensionen – Kosten, Qualität und Ergebnissicherheit – jedoch deutlich besser. Die gemeinsam ausverhandelten Angebotsvorgaben sind die Basis für einen höheren Grad an Verbindlichkeit und beugen Konfliktherden bzw. einer ausgeprägten Claimorientierung vor. Kosteneinsparungen zwischen 5-15% erscheinen realisierbar. Die Qualitäten entsprechen eher den tatsächlichen Bedürfnissen der Auftraggeber.

#### **6.4 Das Risiko der Freiheit**

Alles in allem birgt der Wettbewerbliche Dialog aufgrund seiner freien Konzeption eine offene Plattform, die den öffentlichen Auftraggeber dazu einlädt, neue Wege auszuprobieren. Ob diese Offenheit für die insbesondere in Österreich traditionell hierarchisch organisierten öffentlichen Auftraggeber als angenehme Spielwiese oder vielmehr als gefährlich glatter Eislaufplatz empfunden wird, könnte als Thema für weitere Forschungsarbeiten dienen.

## A.1 Anhang 1: Übersicht der Regelungen zum WD im BVergG 2006

Übersicht über die wichtigsten Paragraphen im Bundesvergabegesetz mit Relevanz für die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs.

Für Österreich regelt das Bundesvergabegesetz (BVergG) 2006 die Vergabe öffentlicher Aufträge und damit auch die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs bzw. die Anwendungsvoraussetzungen. Nachfolgend werden wesentlichste Paragraphen des BVergG angeführt gegliedert nach den Abschnitten im Gesetzestext und soll dem Anwender einen schnellen Zugriff auf die verfahrensrelevanten Gesetzesstellen ermöglichen. Fett markierte Paragraphen betreffen die für den WD spezifischen bzw. zentralen Regelungen.

Übersicht relevanter Bestimmungen zum Wettbewerblichen Dialog im BVergG 2006		
§	Bezeichnung gemäß Inhaltsverzeichnis im BVergG	Anmerkungen
§ 12	Schwellenwerte	Nennt Grenzwerte für geschätzte Auftragshöhen
<b>§ 25 Abs. 9</b>	Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen	<b>Legaldefinition</b> des wettbewerblichen Dialogs
§ 27	Wahl des offenen und des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung	Wirkt indirekt auf Wahl des WD, da dieser nur Anwendbar ist, wenn die genannten Verfahren unmöglich sind.
<b>§ 34</b>	<b>Wahl des wettbewerblichen Dialogs</b>	Definiert die Anwendungsvoraussetzungen  Inkl. Verweis auf § 98 Abs. 2
§ 36	Festhalten der Gründe für die Wahl bestimmter Vergabeverfahren	Regelungen zur Dokumentationspflicht bei der Verfahrenswahl
§ 46	Bekanntmachung der Vergabe von Leistungen.	Verweis von §§ 159 u. 199
§ 57	Grundsätze für die Bekanntmachung und Verlängerung von Fristen	Festsetzung diverser Fristen innerhalb des Verfahrens.
§ 58	Übermittlungs- und Auskunftsfristen	Abs. 2 nennt Fristen zur Übermittlung von zusätzlicher Unterlagen oder der <i>Beschreibung (wesentlicher Teil des WD)</i> .
§ 59	Teilnahmefristen	Nennt die Frist (37 Tage) zw. Bekanntmachung und Eingang der Anträge auf Teilnahme am Verfahren durch die Bieter
§ 98	Technische Spezifikationen	<i>Definiert die technischen</i>

		<i>Spezifikationen, die lt. §34 für die Anwendbarkeit des WD relevant sind.</i>
§ 131	Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
§ 132	Stillhaltefrist, Nichtigkeit der Zuschlagserteilung, Geltendmachung der Nichtigkeit	
§ 138	Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens <i>vor</i> Ablauf der Angebotsfrist	Verweis aus § 162 Abs. 6 Aufforderung zur Angebotsabgabe
§ 139	Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens <i>nach</i> Ablauf der Angebotsfrist	Verweis aus § 162 Abs. 6 Aufforderung zur Angebotsabgabe
§140	Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit des Widerrufs	Verweis aus § 162 Abs. 6 Aufforderung zur Angebotsabgabe
<b>8. Abschnitt: Bestimmungen über den wettbewerblichen Dialog</b>		
§ 159	Allgemeines	Zentraler Abschnitt für Verweise zu anderen Paragrafen aus dem BVergG, die für den WD relevant sind.
§ 160	Teilnehmer am wettbewerblichen Dialog	Abs.1 u. 2: Bekanntmachung Abs.3 u. 4: Teilnahme Abs. 5: Teilnahmeanträge Abs. 6. U. 7.: Auswahl u. Anzahl der Teilnehmer Abs. 7.: Aufforderung zur Teilnahme
§ 161	Dialogphase	Ziele und Regelungen zur Dialogphase.
§ 162	Aufforderung zur Angebotsabgabe und Vergabe des Auftrages	Verweise auf §§ 131, 132, 138, 139, 140

Tabelle 3.2.2: Übersicht relevanter Bestimmungen im BVergG 2006 zum Wettbewerblichen Dialog.<sup>188</sup>

<sup>188</sup> Aus dem Inhaltsverzeichnis des BVergG 2006

## A.2 Anhang 2: Erhebung zur Anwendungshäufigkeit des WD in Österreich

Ergebnis der quantitativen Erhebung zur Anzahl der Bekanntmachungen (BM) und Vergaben (VG) von Aufträgen, die mittels *Wettbewerblichen Dialogs* in Österreich im Zeitraum 1. Jänner 2010 bis 31.12.2014 im Bereich Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ohne nennenswertem Bauleistungsanteil auf der Internetvergabeplattform *Tender Europeans Daily (TED)* gemeldet wurden.<sup>189</sup>

Dienstleistungen ohne Bauleistung und Lieferaufträge							
		Dienstleistungen ohne Bauleistung		Lieferaufträge		Summe	
Jahr	Auftraggeber	BM*	VG**	BM	VG	Summe	
2009	Technische Universität Wien			1		1	
2009	Bgl. KrankenanstaltengesmbH	1				1	
2009	Austro Controll	1				1	
2010	Technische Universität Wien				1	1	
2011	Bgl. KrankenanstaltengesmbH		1			1	
2011	Austro Controll		1			1	
2011	Marktgemeinde Telfs			1		1	
2011	Stadt Wien - Wiener Wohnen	1				1	
2011	Verein Österreich Werbung	1	1			1	
2012	Marktgemeinde Telfs				1	1	
2012	Stadt Wien - Wiener Wohnen		1			1	
2013	Österreichischer Rundfunk	1				1	
2013	Stmk. KrankenanstaltengesmbH			1		1	
2014	Stmk. KrankenanstaltengesmbH				1	1	
2014	Österreichischer Rundfunk		annuliert				
2014	Österreichischer Rundfunk			1		1	
2014	BM für Landesverteidigung/Sp.	1				1	
<b>Summe Bekanntmachungen und Vergaben</b>						<b>10</b>	<b>7</b>

\* Bekanntmachungen

\*\* Vergaben

Tabelle A2.1: Dienstleistungen ohne Bauleistung und Lieferaufträge

<sup>189</sup> URL: <http://ted.europa.eu/TED/search/searchResult.do>, Zeitraum der Abfragen: 25. Okt. 2014 bis 3. Nov. 2014

## Literaturverzeichnis

**BERGER, o. V.:** Rechtsquellen. In: Handbuch Vergaberecht. Neu bearb. und erw. unter Berücksichtigung der Novelle 2010. Hrsg.: HEID SCHIEFER RECHTSANWÄLTE; PRESLMAYR RECHTSANWÄLTE: 3. Auflage. Wien. LexisNexis. 2010. S. 1-22

**ELIAS, N.:** Über den Prozeß der Zivilisation. Psychogenetische und soziogenetische Untersuchungen. Zweiter Band. Wandlungen der Gesellschaft. Entwurf einer Theorie der Zivilisation. Amsterdam. Suhrkamp Taschenbuch, 1997.

**FELBER, C.:** Gemeinwohl-Ökonomie. Das Wirtschaftsmodell der Zukunft. Wien. Deuticke, 2010.

**FINK/HEID:** Ablauf des Vergabeverfahrens. In: Handbuch Vergaberecht. Neu bearb. und erw. unter Berücksichtigung der Novelle 2010. Hrsg.: HEID SCHIEFER RECHTSANWÄLTE; PRESLMAYR RECHTSANWÄLTE: 3. Auflage. Wien. LexisNexis, 2010. S. 335-340

**GINDL, M.:** Kooperationsprobleme des Baugewerbes am Weg zum kooperativen Sanierungsdienstleister. Eine rationaltheoretische Untersuchung mit figurationstheoretischem Ausblick. Diplomarbeit. Graz. Karl-Franzens-Universität Graz, 2006.

**GRALLA, M.:** Wettbewerblicher Dialog. In: BundesBauBlatt, 1/2007.

**GRUEN, A.:** Der Wahnsinn der Normalität. Realismus als Krankheit: eine Theorie der menschlichen Destruktivität. 17. Auflage. München. Deutscher Taschenbuch Verlag, 2011.

**HALOUBEK, M.; FUCHS, C.; WEINHANDL, M.:** Vergaberecht. Wien, New York. Springer, 2005.

**HAUSMANN, F.; BULTMANN, P.:** *PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden*. Im Auftrag der PPP Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW, 2007.

**HEID SCHIEFER RECHTSANWÄLTE; PRESLMAYR RECHTSANWÄLTE (Hrsg.):** 3. Auflage. Wien. LexisNexis. 2010.

**HEID, S.; KURZ, T.:** Wettbewerblicher Dialog. In: Handbuch Vergaberecht. Neu bearb. und erw. unter Berücksichtigung der Novelle 2010. Hrsg.: HEID SCHIEFER RECHTSANWÄLTE; PRESLMAYR RECHTSANWÄLTE: 3. Auflage. Wien. LexisNexis, 2010. S. 335-340.

**HEIERMANN, W.:** Der Wettbewerbliche Dialog. In: ZfBR Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht, 8/2005.

**KARMASIN, H.:** Wahre Schönheit kommt von außen. 1. Auflage. Eco Win Verlag Salzburg, 2011.

**KAUFMANN, A.; SCHNABL, K.:** Vergaberecht in der Praxis. Grundlagen und Praxisbeispiele. 2. Auflage. Graz. Verlag für die Technische Universität Graz, 2006.

**KOLPATZIK, C.:** „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. In: Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht, 3/2007. S. 279-298.

**KUS, A.:** Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog. In: VergabeR, 6/2006. S. 851-864.

**LOSKANT, D.:** Der Wettbewerbliche Dialog im Kontext der Partnerschaftsmodelle. Entwicklung von Leitfäden und Empfehlungen für die Handhabung und die Teilnahme am Wettbewerblichen Dialog unter Berücksichtigung und Weiterentwicklung der Partnerschaftsmodelle der Deutschen Bauindustrie. Aachen. Shaker, 2010.

**LUHMANN, N.:** Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität. Stuttgart. Enke, 1973.

**OPITZ, M.:** Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme. VergabeR. 4/ 2008, S. 451-462.

**OSEBOLD, R.; LOSKANT, D.:** Der Wettbewerbliche Dialog – Erste Praxiserfahrungen mit dem Partnerschaftsmodell für öffentliche Auftraggeber. In: Bauingenieur (Band 84.), 9/2009.

**PAAR, L.:** Alternativangebote – Innovative Ideen der Bauleistungsvergabe. Masterarbeit. Graz. Technische Universität Graz, 2013.

**PACHNER, F.:** Public-Private-Partnership (PPP) im Hochbau. In: RPA, 2/2007.

**PRIMIG, H.:** Der wettbewerbliche Dialog – ein Sonderverfahren des BVergG. In: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht. Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht. Hrsg.: Österreichische Gesellschaft für Baurecht und Österreichisches Institut für Baurecht. Wien. Manz, 2008.

**PÜNDER, H.; FRANZIUS, I.:** Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog. In: ZfBR, 1/2006.

**SCHWABE, C.:** Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren. Anwendungen und Verfahrensdurchführung im funktionalen Vergleich. Baden-Baden. Nomos, 2009.

**TRIEB, G.:** Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren. Dissertation. Wien. Universität Wien, 2009.

**TRITTHART, W.; BAUMGARTNER, B.; BEYL, J. et al.:** Dienstleistungsangebote des Baugewerbes zur Durchführung ökologischer Ge-



bäudesanierungen. In: Berichte aus der Energie und Umweltforschung, 3/2004.

**WERSCHITZ, O.; RAGOSSNIG, A.:** *Österreichisches Vergaberecht.* Hrsg.: JUD, W.; HAUSER, W., 3. Auflage. o. Ortsangabe. Verlag Österreich, 2013.

### **Europäische Rechtsgrundlagen:**

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union. Mitteilung der Kommission, KOM (1998) 143 endg, Brüssel vom 11.03.1998. In: <http://www.sigmaweb.org/publicationsdocuments/39638631.pdf>. Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie entsprechend dem Dokument CC/2005/04\_rev1 vom 5.10.2005. In: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_de.pdf). Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Grünbuch Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996) 583 vom 27.11.1996. Nicht überarbeitete Fassung. In: [http://europa.eu/documents/comm/green\\_papers/pdf/com-96-583\\_de.pdf](http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_de.pdf). Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Amtsbl. EU Nr. L 134 vom 30.4.2004. In: <http://simap.europa.eu/docs/simap/nomenclature/32004l18de.pdf>. Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Richtlinie 2014/24/EU Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, Amtsbl. EU Nr. L 94 vom 28.3.2014. In: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=DE>. Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (konsolidierte Fassung), Amtsbl. vom 24.12.2002, C 325/33. In: [http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/Vertrag\\_Nizza\\_konsol.pdf](http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/Vertrag_Nizza_konsol.pdf). Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**EUROPÄISCHE KOMMISSION:** Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und

Baufträge vom 11.07.2000, Amtsbl. vom 30.01.2001, 2001/C 531 E /02. In: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0275:FIN:DE:PDF>. Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

### **Nationale Rechtsgrundlagen**

**Bundesgesetz** über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006; BVergG 2006). In: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV\\_COO\\_2026\\_100\\_2\\_2\\_35814/REGV\\_COO\\_2026\\_100\\_2\\_235814.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/RegV/REGV_COO_2026_100_2_2_35814/REGV_COO_2026_100_2_235814.pdf). Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

### **Internetquellen**

**AICHER, J.:** Das neue EU-Vergaberecht und verbleibende Gestaltungsspielräume – Ausweg PPP? In: Österreichische Gemeindezeitung, 9/2005. <http://www.staedtebund.gv.at/gemeindezeitung/oegz-beitraege/oegz-beitraege-details/das-neue-eu-vergaberecht-und-verbleibende-gestaltungsspielraeume-ausweg-ppp.html>. Datum des Zugriffs: 10.8.2014.

**EUROPE DIRECT STEINFURT:** Was ist ein Grünbuch? In: <http://www.eu-direct.info/faq/eu-gesetzgebungs-verfahren-16/was-ist-ein-gruenbuch-67.html>. Datum des Zugriffs: 14.10.2014.

**HAUSMANN, F.; BULTMANN, P.:** PPP im Hochbau Vergaberechtsleitfaden. Im Auftrag der PPP Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW, 2007. [http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualität/WU-PPP/Downloads/DL\\_vergaberechtsleitfaden\\_ppp\\_hochbau.pdf?blob=publicationFile&v=2](http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bauwesen/BauwirtschaftBauqualität/WU-PPP/Downloads/DL_vergaberechtsleitfaden_ppp_hochbau.pdf?blob=publicationFile&v=2). Datum des Zugriffs: 20.10.2014.

**SCHENKE, R.:** Der Wettbewerbliche Dialog. Vortragsmanuskript. [http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2009/2946/pdf/kwi\\_schr01\\_online\\_1009\\_03\\_18\\_btr06.pdf](http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2009/2946/pdf/kwi_schr01_online_1009_03_18_btr06.pdf). Datum des Zugriffs: 21.10.2014.

**TED (Tenders European Daily):** <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>. Datum des Zugriffs: 16.10.2014

