

Vergaberechtliche Dialogverfahren

Wolfgang Straub

'Mittagstisch Vergaberecht' Post CH AG
03.12.2015



Überblick

- Dialog im geltenden Recht
- Ausblick auf VE BöB
- Praktische Hinweise und eigene Erfahrungen

Dialog im geltenden Recht

Grundlage für Dialoge ist Freiheit von **Verhandlungen**

- **GPA 1994** Art. XIV lässt Verhandlungen grundsätzlich zu. Sie sollen hauptsächlich dazu dienen, Stärken und Schwächen der Angebote zu erkennen
- **GPA 2012** Art. XII schränkt Verhandlungen nicht ein
- **Art. 26 a VöB**: Anders als in EU keine eigenständige Verfahrensart, sondern Form von Verhandlungen im Rahmen eines offenen oder selektiven Verfahrens
- **Kantonales Recht**: Zulässigkeit kontrovers – soweit nicht preisbezogene Verhandlungen überhaupt möglich sind

Dialog im geltenden Recht

Art. 26a VöB: Voraussetzungen

- **'komplexe' Beschaffung**
- oder Beschaffung intellektueller Dienstleistungen
- Hinweis in der **Ausschreibung**

Dialog im geltenden Recht

Art. 26a VöB: Komplexität

Vergabestelle ist objektiv nicht in der Lage die beste Lösung oder die beste Vorgehensweise alleine zu definieren, z.B.:

- fehlende technische Lösung
- viele technische Lösungsmöglichkeiten
- rechtliche oder finanzielle Komplexität
- Vorabklärungen vor Ausschreibung aufgrund von Vorbefassungsproblematik nicht möglich

Dialog im geltenden Recht

Art. 26a VöB: Bekanntgabe in Ausschreibungsunterlagen

- **wie** die **Teilnahme am Dialog vergütet** wird
- **wie** die **Nutzung der** von Anbietern vorgeschlagenen oder gemeinsam entwickelten **Lösungswege vergütet** wird

Dialog im geltenden Recht

Art. 26a VöB: Mitteilungen an Teilnehmer

- möglicher **Dialoginhalte**
- **Lösungsweg** oder Vorgehensweise
- Modalitäten (inkl. Fristen) für **endgültige Offerte**

Ausblick auf VE BÖB

Art. 28 VE BÖB Voraussetzungen:

- **'komplexe Aufträge'** (technisch, rechtlich, Art der Finanzierung)
- oder Beschaffung **'innovativer Leistungen'** ('Innovationspartnerschaft' gemäss Art. 31 der EU Richtlinie 2014/24 fehlt im Vorentwurf!)
- **Hinweis auf Dialog** bereits in der Ausschreibung

Ausblick auf VE BÖB

Art. 28 VE BÖB: Bekanntgabe in den AGU

- mögliche **Dialoginhalte**
- **Modalitäten** (inkl. Frist) **für endgültige Angebote**
- ob und wie die **Teilnahme am Dialog vergütet** wird
- ob und wie die **Nutzung von Immaterialgüterrechten**, Kenntnissen und Erfahrungen der Anbieter entschädigt wird (evtl. nur bei tatsächlicher Verwertung)

Ausblick auf VE BÖB

Art. 28 VE BÖB: Weitere Vorgaben

- **Zuschlagskriterien** müssen gemäss dem erläuternden Bericht **bereits in Ausschreibung festgelegt** werden
- **Nachvollziehbare Dokumentation**
 - Ablauf des Dialogverfahrens
 - Inhalt des Dialogverfahrens
 - Aufwand der Teilnehmer

Praktische Hinweise

In der Regel **funktionale Ausschreibung**

Auswahl der Dialogpartner

- Wenn möglich mindestens 3 Dialogpartner auswählen
- Auswahl mit '**Parkierungsschreiben**' → diese können zu Verlust der Offertgültigkeit führen
 - Angebotsfristen beachten!
 - Rückkommensvorbehalt auf Angebot machen!
- Auswahl mit eigenständiger **Verfügung?**

Praktische Hinweise

Kombination mit **offenem Verfahren**

- Elimination aufgrund von **provisorischen Angeboten**/Lösungsvorschlägen
- → Problem: Nach Dialog könnte sich eine andere Rangierung der Angebote ergeben
- Eventuell Nachselektion, wenn selektierte Anbieter zurückfallen und Selektionskriterien nicht mehr erfüllen würden

Praktische Hinweise

Kombination mit **selektivem Verfahren**

- Selektion der Anbieter aufgrund der Eignungskriterien
- → Problem: blosses Abstellen auf Eignungskriterien lässt die Lösungsansätze unberücksichtigt
- Eventuell Elimination erst nach Präqualifikation aufgrund von provisorischen Angeboten/Lösungsvorschlägen (dreistufiges Verfahren)

Praktische Hinweise

Phasen mit zusätzlicher **Teilnehmerelimination**
(Mehrstufige Verfahren, siehe auch Art. 28 VE BöB)

- Elimination **nur möglich, wenn ein Teilnehmer keine Chance auf Zuschlag mehr hat** (z.B. wenn angebotene Lösungsvariante nicht weiterverfolgt wird)
- Elimination implizit mit dem **Zuschlagsentscheid**
- oder durch anfechtbare **Zwischenverfügung** (?)

Praktische Hinweise

Bewertung von Innovation

Dürfen **Zuschlagskriterien und Gewichtung** während Dialog noch konkretisiert werden?

- Gefährdung von Transparenz und Gleichbehandlung
- Ausschreibungsgegenstand darf nur unwesentlich und aus sachlichen Gründen geändert werden (→ Einfluss auf Anbieterkreis und Selektionskriterien)
- Gemäss Leitfaden KBOB muss mindestens **Reihenfolge der ZK** vorgegeben werden
- Eventuell **eigenes ZK für Innovativität** der Lösung, welches bereits voraus bekannt gegeben wird

Praktische Hinweise

Durchführung des Dialogs

- **Mündliche oder schriftliche Dialogrunden** möglich
- Wahrung der **Vertraulichkeit** bei der Konsolidierung der Ergebnisse im Hinblick auf die finalen Angebote
 - Anonymisierung von Informationen (auch im Hinblick auf Wettbewerbsabsprachen)
 - Regelung des Schutzes von Immaterialgütern und vertraulichen Informationen in Dialogvereinbarung
 - Anbietern Möglichkeit zur Kennzeichnung vertraulicher Informationen geben!

Praktische Hinweise

Multilaterale Dialoge sind problematisch:

- Beachtung von Gleichbehandlung und **Vertraulichkeit** erforderlich → insbesondere keine wettbewerbsverzerrende Weitergabe von Informationen
- Gefahr von **Absprachen**, wenn Teilnehmer wissen, wer sonst noch im Rennen ist

Praktische Hinweise

Vergütung für Dialog

- i.d.R. pauschale Vergütung für Aufwand für Teilnahme an Dialogverfahren
- i.d.R. keine Vergütung für Anteil Offertaufwand
- Vergütung für Nutzung von Lösungen
- Vergütung auch für Zuschlagsempfänger?
→ in Ausschreibung/Dialogvereinbarung definieren

Praktische Hinweise

Dialogvereinbarung (Vorgabe in den AGU)

- **Zweck** des Dialogverfahrens
- Beschreibung von Verfahrensschritten, **Rahmenbedingungen** und Terminplanung
- im Rahmen des Dialogs zu liefernde **Dokumente** (Inhalte und Fristen)
- Eigentums- und **Immaterialgüterrechte**
- **Vertraulichkeit**
- **Vergütung** und Abrechnungsmodalitäten
- Rechtswahl, Gerichtsstand etc.

Fazit

Chancen

- Anforderungen können besser kommuniziert werden
- Einbezug von PoCs, Prototypen etc. möglich
- Möglichkeit zu strukturierten Vertragsverhandlungen im Rahmen des Dialogs

Herausforderungen

- sinnvolle und korrekte Selektion der Teilnehmer
- Vertraulichkeit und Immaterialgüterrechte
- Bewertung der Innovation

Fragen, Anregungen, Kritik?

Dr. Wolfgang Straub
Augsburger Deutsch & Partner
Effingerstrasse 17
Postfach 5860
3001 Bern

+41 31 381 44 25
wolfgang.straub@ad-p.ch

www.ad-p.ch
www.it-recht.ch