

KOINNO ROADSHOW: Verhandlungsverfahren

Online-Veranstaltung
03.03.2022

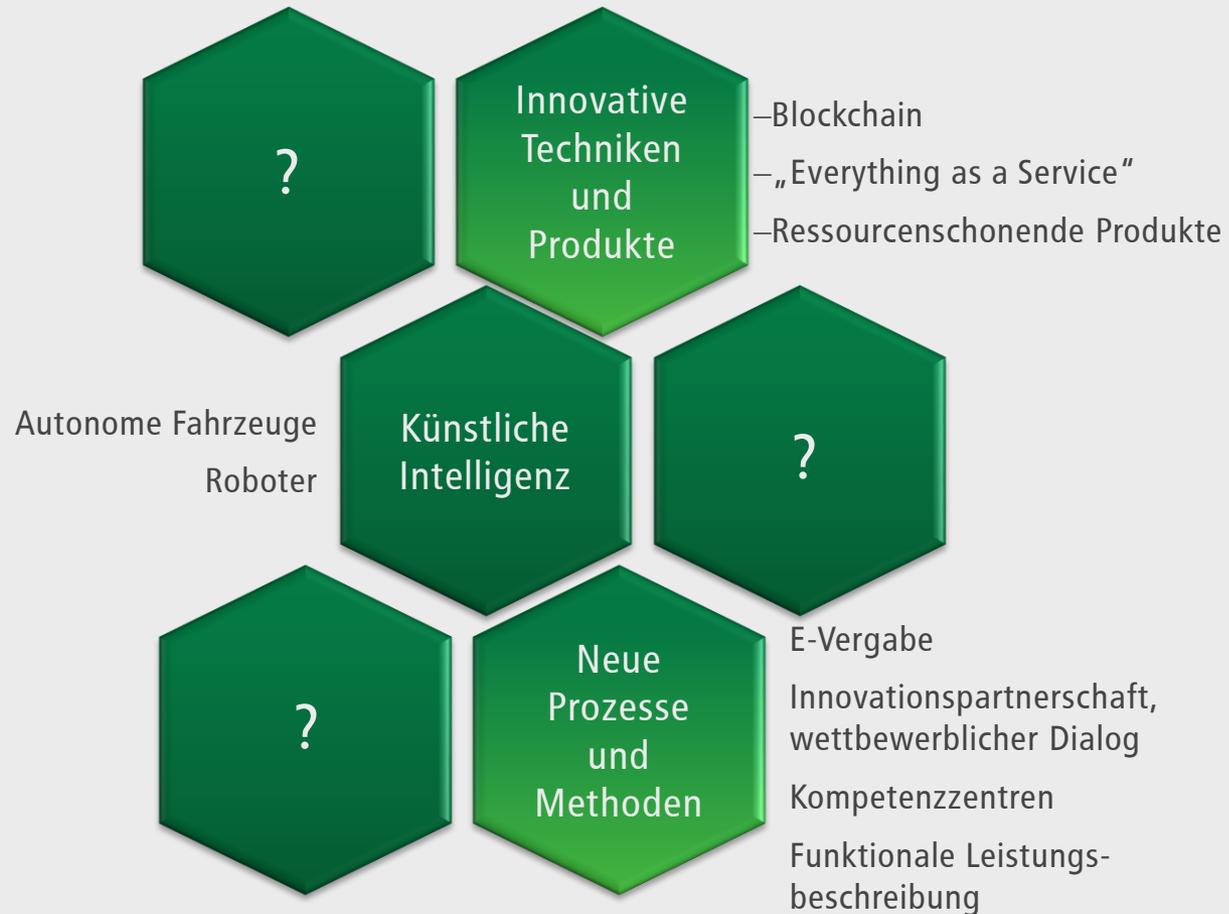
Dr. Rebecca Schäffer, MJJ

avocado rechtsanwälte
spichernstraße 75-77
50672 köln
t +49 [0]221.39 07 10
f +49 [0]221.39 07 129
e-mail koeln@avocado.de
www.avocado.de



Chancen und Risiken innovativer öffentlicher Beschaffung

Was bedeutet eigentlich „Innovation“?



Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Was bedeutet „Innovation“?

- ▶ Innovation kann letztlich alles sein, was grundlegend neu ist oder erneuert bzw. weiterentwickelt wurde.
- ▶ Die OECD definiert eine Innovation wie folgt:
„Eine Innovation ist die Einführung eines neuen oder signifikant verbesserten Produkts (oder auch eine Dienstleistung), eines neuen Prozesses oder einer neuen Marketing- oder Organisationsmethode in die Geschäftspraxis, die Arbeitsabläufe oder die externen Beziehungen.“

Quelle: OECD/Eurostat (2005): „OSLO Manual: Guidelines for collecting and interpreting innovation data“, 3. Aufl., Paris: OECD/Eurostat, S. 46

- ▶ Dementsprechend können vier Arten von Innovationen unterschieden werden.
 - **Produkt- und Dienstleistungsinnovation**
 - **Prozessinnovation**
 - Marketinginnovation
 - Organisationsinnovation

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

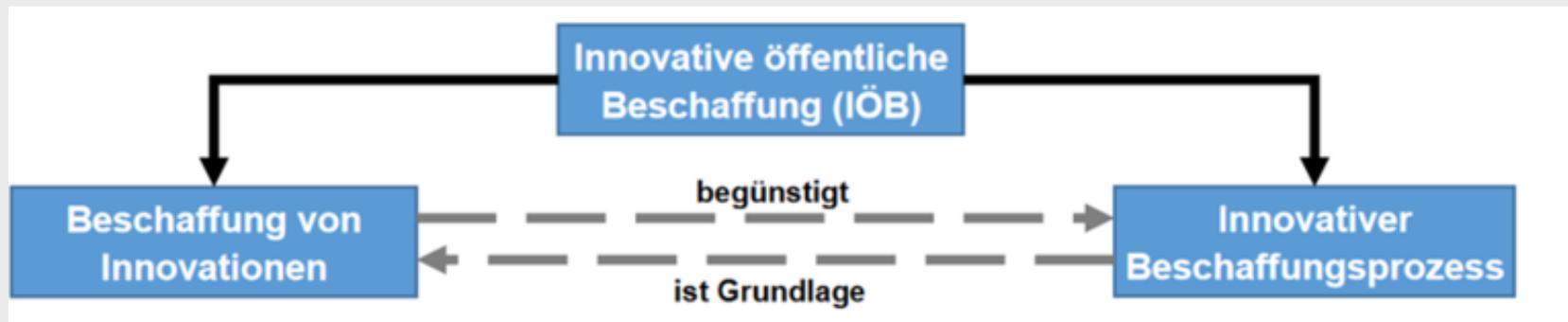
Gesetzliche Vorgaben und Grundlagen von iöB

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

§ 97 Grundsätze der Vergabe

- (1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) **Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.**

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)



(Quelle: FoRMöB/ BME (2016): „Konzeption einer innovativen öffentlichen Beschaffung (iöB) – Definition und Handlungsansätze für eine innovative Beschaffung im öffentlichen Sektor“, S. 20).

➔ Je besser die öffentliche Beschaffung strukturell und prozessual aufgestellt ist, desto einfacher wird es mit der eigentlichen Beschaffung von innovativen Lösungen!

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Innovationsstrukturen und Innovationsprozesse

- ▶ **Innovationsstrukturen:**
 - Expertennetzwerke
 - Externer Erfahrungsaustausch
 - Interner Erfahrungsaustausch
 - Benchmarking

- ▶ **Innovationsprozesse:**
 - Ganzheitliches Projektmanagement
 - Interdisziplinäre Projekt-Teams
 - Einbindung der Bedarfsträger als interne Kunden
 - Anreize für Beschaffer

Strategische Beschaffung

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Innovationsmethoden und -instrumente

► **Innovationsmethoden:**

- Markterkundung
- Zulassung von Nebenangeboten
- Funktionale Leistungsbeschreibungen
- MEAT-Ansatz bzw. Lebenszykluskostenberechnung

► **Innovationsinstrumente:**

- Verhandlungsverfahren
- Wettbewerblicher Dialog
- Innovationspartnerschaft

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Schlussfolgerungen für das heutige Schwerpunktthema

- ▶ **iöB fordert und fördert das Verlassen „eingetretener Pfade“ bei der Beschaffung**
 - Daraus entstehen regelmäßig – jedenfalls anfänglich – Unsicherheiten auf Seiten der Beschaffer/Auftraggeber, aber auch der Bieter

- ▶ **iöB erfordert komplexere Verfahren und Wertungsmethoden**
 - Hohe Anforderungen gemäß den Grundsätzen der Transparenz, Gleichbehandlung und des (fairen) Wettbewerbs

- ▶ **iöB bietet aber auch Möglichkeiten und Spielräume, „besser“ zu beschaffen**
 - Gezielte Beschaffung von Innovationen
 - Förderung von innovativen Leistungen durch „offene“ Leistungsbeschreibungen und „innovationsfreundliche“ Bewertungssysteme
 - Nutzen von Instrumenten zur Absicherung der innovativen Beschaffung / Beschaffung von Innovationen (z.B. Ex-ante-Bekanntmachung, Markterkundung, Dokumentation)



Vergaberechtliches Schwerpunktthema:
„Verhandlungsverfahren“

KOINNO Roadshow – Verhandlungsverfahren

1. Verhandlungen im Vergabeverfahren – Grundlagen
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Anwendungsfälle
3. Vorbereitung und Ablauf eines Verhandlungsverfahrens

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Vergabeverfahrensarten mit und ohne Verhandlungen

Haushaltsvergaberecht	EU-Vergaberecht
Öffentliche Ausschreibung	Offenes Verfahren
Beschränkte Ausschreibung	Nicht offenes Verfahren (Wettbewerblicher Dialog)
Verhandlungsvergabe/Freihändige Vergabe	Innovationspartnerschaft Verhandlungsverfahren
Dynamisches elektr. Verfahren	Elektronische Auktion Dynamisches elektr. Verfahren

**Nur hier darf
verhandelt werden!**

**Nur hier darf
verhandelt werden!**

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren als Ausnahme

▶ § 15 Abs. 5 VgV (zum offenen Verfahren):

*„Der öffentliche Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen. **Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unzulässig.**“*

▶ § 16 Abs. 9 VgV (zum nicht offenen Verfahren):

„§ 15 Absatz 5 gilt entsprechend.“

➔ Entsprechende Vorschriften zum Verbot von Verhandlungen bei **Öffentlichen Ausschreibungen** / **Beschränkten Ausschreibungen** im Unterschwellenbereich finden sich in den §§ 9 Abs. 2, 10 Abs. 3 und 11 Abs. 3 UVgO bzw. § 15 Abs. 3 VOB/A.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren als Ausnahme

► § 18 Abs. 9 VgV (zum wettbewerblichen Dialog):

*„[...] Der öffentliche Auftraggeber kann mit dem Unternehmen, dessen Angebot als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, **mit dem Ziel Verhandlungen führen, im Angebot enthaltene finanzielle Zusagen oder andere Bedingungen zu bestätigen**, die in den Auftragsbedingungen abschließend festgelegt werden. Dies darf nicht dazu führen, dass wesentliche Bestandteile des Angebots oder des öffentlichen Auftrags [...] grundlegend geändert werden, der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.“*

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

Grundsatz

Offenes Verfahren
(§ 15 VgV)

Nicht offenes Verfahren
(§ 16 VgV)

Ausnahme

Verhandlungs-
verfahren
(§ 17 VgV)

Wettbewerblicher
Dialog
(§ 18 VgV)

Innovations-
partnerschaft
(§ 19 VgV)

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren nach UVgO

Grundsatz

Öffentliche Ausschreibung
(§ 9 UVgO)

Beschränkte Ausschreibung mit TW
(§ 10 UVgO)

Ausnahme

Beschränkte
Ausschreibung ohne TW
(§ 11 UVgO)

Verhandlungsvergabe
mit TW
(§ 12 UVgO)

Verhandlungsvergabe
ohne TW
(§ 12 UVgO)

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren nach VOL/A

Grundsatz

Öffentliche Ausschreibung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 VOL/A)

Ausnahme

Beschränkte Ausschreibung
(§ 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A)

Freihändige Vergabe
(§ 3 Abs. 1 Satz 3 VOL/A)

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren nach VOB/A, 1. Abschnitt

Grundsatz

Öffentliche Ausschreibung
(§ 3b Abs. 1 VOB/A)

Beschränkte Ausschreibung mit TW
(§ 3b Abs. 2 VOB/A)

Ausnahme

Beschränkte Ausschreibung ohne TW
(§ 3b Abs. 3 VOB/A)

Freihändige Vergabe
(§ 3 Nr. 3 VOB/A)

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Verhandlungen in Vergabeverfahren – Warum nur so selten?

- ▶ Gründe für die Zurückhaltung bei der Zulassung von Verhandlungen sind in erster Linie die mit der Möglichkeit zu Verhandlungen verbundenen **Manipulationsrisiken**.
- ▶ Es muss insbesondere sichergestellt sein, dass das Verfahren trotz Verhandlungen **transparent** bleibt und kein Bieter **diskriminiert** bzw. umgekehrt bevorzugt wird.
- ▶ Gleichzeitig müssen auch im Verhandlungsverfahren **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse** der Bieter gewahrt werden.
- ▶ **Wesentliche Punkte sind deshalb:**
 - ✓ Begründung der Verfahrenswahl
 - ✓ Die Grenzen der Verhandlungsfreiheit müssen beachtet werden
 - ✓ Der Ablauf des Verfahrens ebenso wie der inhaltliche Rahmen der Verhandlungen müssen den Bietern gegenüber offengelegt werden
 - ✓ Alle Bieter sind gleich zu behandeln
 - ✓ Sämtliche Verhandlungen mit Bietern sind sorgsam zu dokumentieren



KOINNO Roadshow – Verhandlungsverfahren

1. Verhandlungen im Vergabeverfahren – Grundlagen
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Anwendungsfälle
3. Vorbereitung und Ablauf eines Verhandlungsverfahrens

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens oberhalb der Schwellenwerte

- ▶ **Sonderfall § 130 GWB (Soziale und andere besondere Dienstleistungen):**
 - Freie Wahl zwischen offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wettbewerblichem Dialog und Innovationspartnerschaft (vgl. auch § 65 Abs. 1 VgV)

- ▶ **Betrifft z.B.**
 - Sicherheitsleistungen,
 - Catering und Schulessen,
 - Verwaltungs(hilfs-)dienstleistungen,
 - Postdienstleistungen,
 - Rechtsberatung (soweit im Anwendungsbereich des Vergaberechts).

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens oberhalb der Schwellenwerte

▶ **Sonderfall § 74 VgV:**

Architekten- und Ingenieurleistungen werden „in der Regel“

- im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder
- im wettbewerblichen Dialog

Vergeben.

▶ Laut Verordnungsbegründung kommen die anderen Verfahren „faktisch kaum in Frage“.

▶ Das enthebt jedoch nicht von der Aufgabe, **im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren vorliegen.**

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens oberhalb der Schwellenwerte

§ 14 Abs. 3 VgV: Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

- ▶ Die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers können nicht ohne die **Anpassung bereits verfügbarer Lösungen** erfüllt werden.
- ▶ Der Auftrag umfasst **konzeptionelle oder innovative Lösungen**.
- ▶ Im Rahmen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens sind **keine ordnungsgemäßen oder nur unannehbare Angebote** eingegangen.
- ▶ Die Leistung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, kann vom öffentlichen Auftraggeber **nicht mit ausreichender Genauigkeit** unter Verweis auf eine Norm, eine Europäische Technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nummer 2 bis 5 **beschrieben** werden.
- ▶ Es liegen **konkrete Umstände** vor, die mit der Art, Komplexität oder dem rechtlichen/finanziellen Rahmen oder den hiermit verbundenen Risiken zusammenhängen.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens oberhalb der Schwellenwerte

- ▶ Es besteht ein **Zusammenhang zwischen der Art der Leistungsbeschreibung und der Verfahrenswahl.**
- ▶ Insbesondere **funktionale Ausschreibungen**, bei denen die Bieter das Konzept der Aufgabenerfüllung selbst entwickeln, eignen sich für (oder bedingen sogar) ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb.
- ▶ Das gleiche gilt bei der **Zulassung innovativer Lösungen** (sei es als Nebenangebot oder wiederum auf Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung).



Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens oberhalb der Schwellenwerte

§ 14 Abs. 4 VgV: Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (Auswahl)

- ▶ **Technische/künstlerische Besonderheiten/Ausschließlichkeitsrecht** (Patent-/Urheberrecht)
 ➔ **Sehr eng auszulegen** (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.06.2017, Verg 53/16)!

Beachte: Es darf **keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung** geben und der mangelnde Wettbewerb darf nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter sein (§ 14 Abs. 6 VgV).

- ▶ Im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens sind **keine ordnungsgemäßen oder nur unannehbare Angebote** eingegangen und alle Bieter können wieder teilnehmen.
- ▶ Besondere **Dringlichkeit**
- ▶ Zusätzliche Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers (**Erneuerung- oder Ergänzungseinkäufe**), wenn ein Wechsel des Unternehmens zu unterschiedlichen technischen Merkmalen und damit technischen Unvereinbarkeiten oder unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung führen würde.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

„Technische Besonderheiten“ als Grund für ein Verhandlungsverfahren ohne TNW

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2017 – Verg 53/16

Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) wählte für die Vergabe der Beschaffung von zwei PET-MRT-Geräten ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und ohne Aufruf zum Wettbewerb. Dies begründete er damit, dass es keinen anderen Hersteller gibt, dessen Gerät die geforderten technischen Anforderungen erfülle. Konkret forderte der AG von den neuen Geräten, dass diese mit den bereits vorhandenen Geräten kompatibel sein sollen und dafür geeignet sind im Hybrid-Modus ohne Umlagerung Personen von bis zu 2 m Körpergröße in einer hohen Bildqualität zu scannen. Diese Anforderungen erfüllte auch tatsächlich nur ein Hersteller. Einer von weltweit drei Anbietern von PET-MRT-Geräten geht gegen die Direktvergabe vor.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

„Technische Besonderheiten“ als Grund für ein Verhandlungsverfahren ohne TNW

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2017 – Verg 53/16

Entscheidung:

Mit Erfolg! Eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist nach § 119 Abs. 5 Alt. 2 GWB i.V.m § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV nur dann zulässig, wenn **aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist** und dies nicht auf eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs durch die Leistungsbeschreibung zurückzuführen ist. Der AG muss dies beweisen können und dafür stichhaltige Belege erbringen.

Die vom AG geforderten **technischen Besonderheiten** waren nicht von derart herausragender Bedeutung, dass nicht auch ein anderes, nur geringfügig von den Vorstellungen des AG abweichendes Gerät in Betracht gezogen werden könnte. Ein Grund für den Ausschluss des Wettbewerbs aus technischen Gründen könnte sein, dass die **Interoperabilität** mit den bereits vorhandenen Systemen nur bei einem Gerät gegeben ist, allerdings können auch hier nur gewichtige Gründe einen Wettbewerbsverzicht rechtfertigen. Es ist jedenfalls nicht pauschal ausreichend, wenn die Umstellung auf ein anderes Produkt finanziellen oder logistischen Aufwand verursacht oder eine Personalumschulung nötig macht.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Dringlichkeitsvergaben in der Rechtsprechung (Beispiel 1)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.12.2019 – Verg 18/19

1. Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist nur dann zulässig, wenn wegen der äußersten Dringlichkeit der Leistung aus zwingenden Gründen infolge von **Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht verursacht hat und nicht voraussehen konnte**, die vorgeschriebenen Regelfristen nicht eingehalten werden können.
2. Die Darlegungs- und Feststellungslast für die Voraussetzungen der Ausnahme trägt der öffentliche Auftraggeber, wobei diese Ausnahmeregelungen **sehr eng auszulegen** sind und eine **sorgfältige Abwägung, Begründung und umfassende Dokumentation** erfordern.
3. Dringliche und zwingende Gründe kommen nur bei **akuten Gefahrensituationen und höherer Gewalt** in Betracht, die zur Vermeidung von Gefahren und Schäden für Leib und Leben ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern. Äußerste Dringlichkeit kann regelmäßig nicht mit bloßen wirtschaftlichen Erwägungen begründet werden.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Dringlichkeitsvergaben in der Rechtsprechung (Beispiel 2)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom. 19.02.2020 – Verg 2/20

- ▶ Als dringliche und zwingende Gründe kommen neben **akuten Gefahrensituationen** und **höherer Gewalt** auch Situationen in Betracht, in denen Leistungen der Daseinsvorsorge vergeben werden und die **Kontinuität der Dienstleistung** gegenüber den Nutzern nicht anders als durch unverzügliche Vergabe gewährleistet werden kann.
- ▶ Hier anerkannt für den Fall, dass ein Vertrag über die Unterhaltsreinigung in Schulen und Kindertagesstätten kurzfristig neu vergeben werden muss, weil der Altauftrag aufgrund von erheblichen Schlechtleistungen außerordentlich gekündigt wurde.
- ▶ **Aber:** Das Verhandlungsverfahren befreit den Auftraggeber nicht davon, Angebote im Wettbewerb einzuholen und grundsätzlich mit mehreren Bietern zu verhandeln. Auch die besondere Dringlichkeit der Vergabe rechtfertigt es nicht, den Wettbewerb vollständig auf längere Dauer einzuschränken.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe unterhalb der Schwellenwerte (UVgO)

- ▶ **Sonderfall § 49 UVgO (Soziale und andere besondere Dienstleistungen):**
 - Freie Wahl zwischen Öffentlicher Ausschreibung, Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb.

- ▶ **Sonderfall § 50 UVgO (Freiberufliche Leistungen):**
 - Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind grundsätzlich **im Wettbewerb** zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe unterhalb der Schwellenwerte (UVgO)

§ 8 Abs. 4 UVgO: Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (Auswahl)

- ▶ Wenn der Auftrag **konzeptionelle oder innovative Lösungen** umfasst,
- ▶ wenn der Auftrag aufgrund **konkreter Umstände**, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann,
- ▶ wenn die Leistung nach Art und Umfang, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vor der Vergabe **nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann**, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können,
- ▶ wenn nach Aufhebung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung eine **Wiederholung kein wirtschaftliches Ergebnis verspricht**,
- ▶ wenn die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne die **Anpassung bereits verfügbarer Lösungen** erfüllt werden können,

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe unterhalb der Schwellenwerte (UVgO)

§ 8 Abs. 4 UVgO: Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (Auswahl)

- ▶ wenn eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung für den AG oder den Bieter einen **unverhältnismäßigen Aufwand** verursachen würde,
- ▶ wenn **Ersatzteile und Zubehörstücke zu Maschinen und Geräten** vom Lieferanten der ursprünglichen Leistung beschafft werden sollen und diese Stücke in brauchbarer Ausführung von anderen Unternehmen nicht oder nicht unter wirtschaftlichen Bedingungen bezogen werden können,
- ▶ besondere **Dringlichkeit**,
- ▶ wenn die Leistung nur von einem **bestimmten Unternehmen** erbracht oder bereitgestellt werden kann,

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Die Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe unterhalb der Schwellenwerte (UVgO)

§ 8 Abs. 4 UVgO: Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (Auswahl)

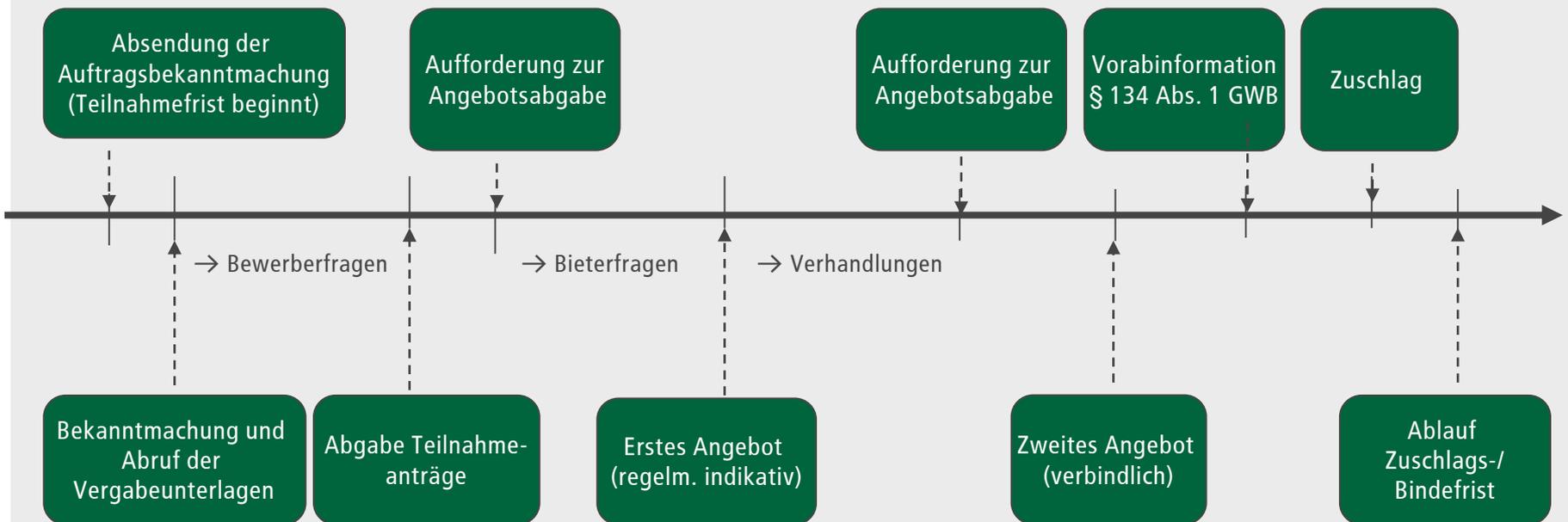
- ▶ bei zusätzlichen Lieferleistungen des ursprünglichen Auftragnehmers (**Erneuerung- oder Ergänzungseinkäufe**), wenn ein Wechsel des Unternehmens zu unterschiedlichen technischen Merkmalen und damit technischen Unvereinbarkeiten oder unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung führen würde,
- ▶ wenn eine **vorteilhafte Gelegenheit** zu einer wirtschaftlicheren Beschaffung führt, als dies bei Durchführung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung der Fall wäre,
- ▶ wenn der Auftrag ausschließlich an **Werkstätten für Menschen mit Behinderungen**, an Sozialunternehmen (§ 118 Abs. 2 GWB: mindestens 30 % der Beschäftigten müssen solche Personen sein) oder an Justizvollzugsanstalten vergeben werden soll oder
- ▶ wenn dies durch Ausführungsbestimmungen eines Bundes- oder Landesministeriums bis zu einem bestimmten Höchstwert (Wertgrenze) zugelassen ist.

KOINNO Roadshow – Verhandlungsverfahren

1. Verhandlungen im Vergabeverfahren – Grundlagen
2. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Anwendungsfälle
3. Vorbereitung und Ablauf eines Verhandlungsverfahrens

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

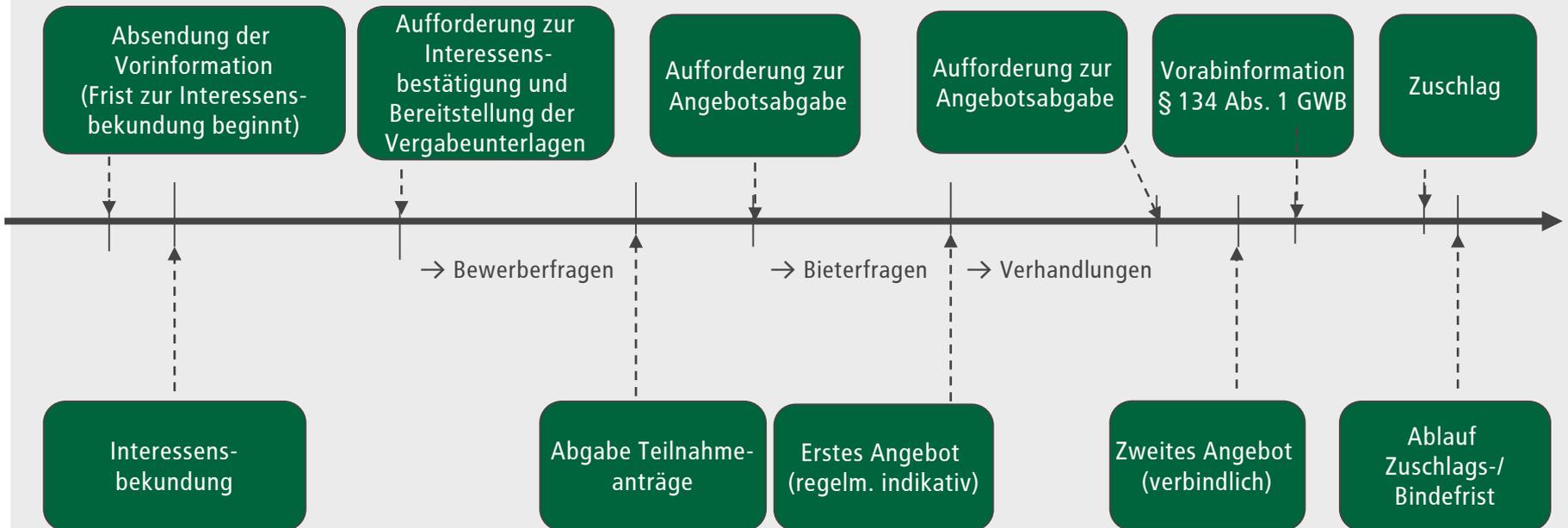
Planung des Vergabeverfahrens



Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Planung des Vergabeverfahrens

- Besonderheiten bei **Vorinformation als Aufruf zum Wettbewerb** (§ 38 Abs. 4 VgV)
→ gilt nicht für oberste Bundesbehörden



Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Fristen im Verhandlungsverfahren

* Erstangebot im
Verfahren mit TNW

Grundsatz

Teilnahmefrist und Angebotsfrist*: jeweils 30 Tage

Ausnahme

Bei Akzeptanz elektronischer Angebote: Verkürzung der Angebotsfrist um 5 Tage

Bei Dringlichkeit: Verkürzung der Teilnahmefrist auf 15 Tage

Bei Dringlichkeit: Verkürzung der Angebotsfrist auf 10 Tage

Bei Vorinformation: Verkürzung der Angebotsfrist auf 10 Tage

Möglichkeit zur einvernehmlichen Festlegung der Angebotsfrist (gilt nicht bei obersten Bundesbehörden); Bei Scheitern der einvernehmlichen Festlegung → Mindestens 10 Tage

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Fristen im Verhandlungsverfahren

- ▶ Im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gilt keine bestimmte Regelfrist. Es bleibt aber bei der **Pflicht zur angemessenen Fristsetzung** (§ 20 Abs. 1 VgV, § 10 VOB/A-EU).
- ▶ Die Angebotsfristen sind (außer in Fällen von Dringlichkeit) um 5 Tage zu verlängern, wenn ausnahmsweise **keine elektronische Übermittlung von Vergabeunterlagen** erfolgt (§ 41 Abs. 2 und Abs. 3 VgV, § 10a Abs. 5 VOB/A-EU).
- ▶ Die Angebotsfrist ist außerdem **angemessen zu verlängern**, wenn
 - **zusätzliche Informationen** trotz rechtzeitiger Anforderung durch ein Unternehmen nicht spätestens sechs Tage (bzw. vier Tage bei dringlichen Vergaben) vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden oder
 - der Auftraggeber **wesentliche Änderungen** an den Vergabeunterlagen vornimmt.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Struktur des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

- ▶ Auswahl geeigneter Bewerber im Teilnahmewettbewerb, d.h.
 - Prüfung **bewerberbezogener Ausschlussgründe** (§§ 123, 124 GWB)
 - Materielle Eignungsprüfung anhand bekannt gemachter Eignungskriterien und -nachweise (**Fachkunde und Leistungsfähigkeit**, vgl. §§ 44 bis 46 VgV)

- ▶ **§ 17 Abs. 4 Satz 2 VgV:**

„Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, gemäß § 51 begrenzen.“

➡ Vergleichbare Vorschrift in **§ 12 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 10 Abs. 2 UVgO**

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

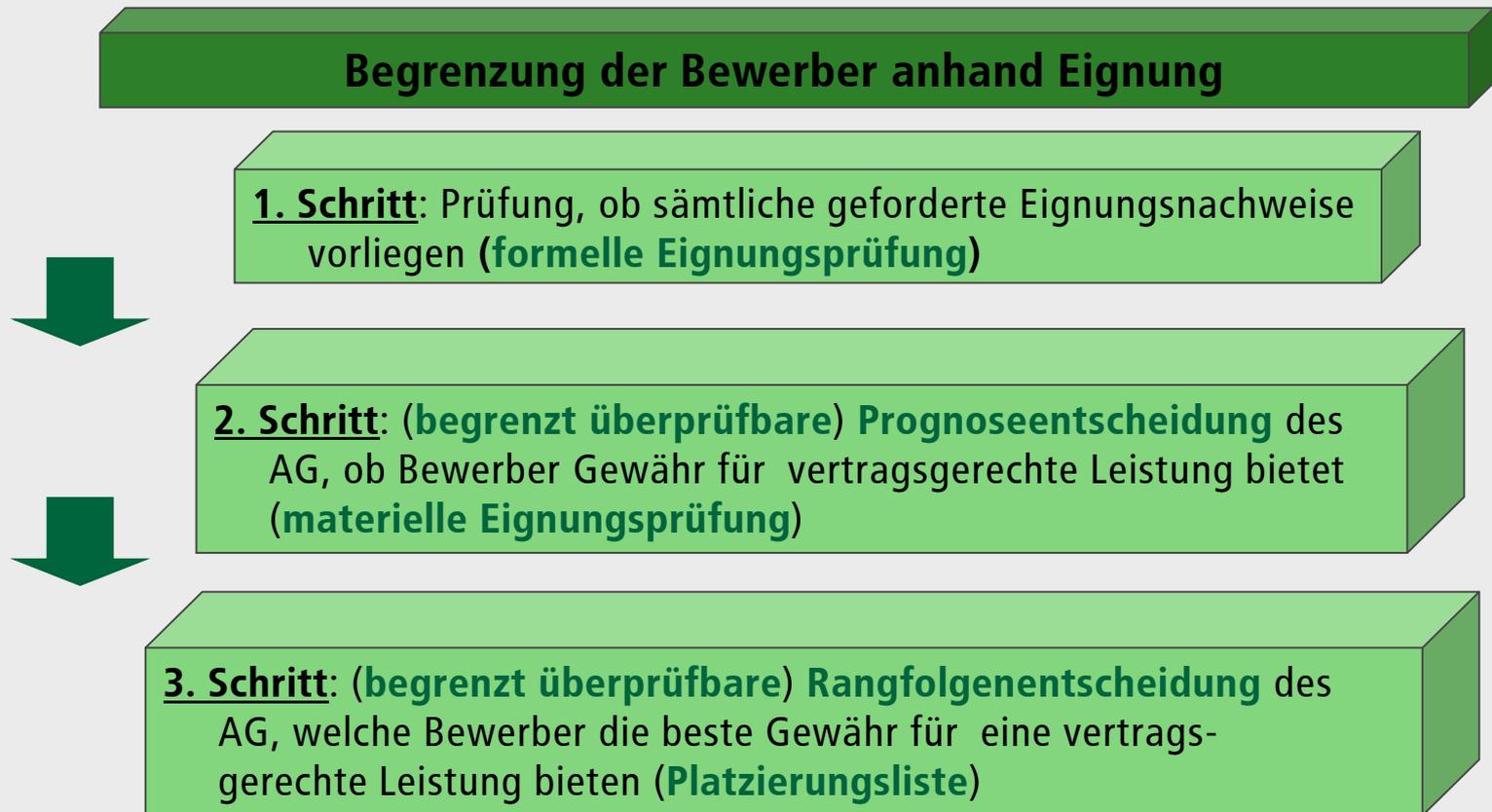
Struktur des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

► § 51 VgV (Begrenzung der Anzahl der Bewerber):

- Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl der geeigneten Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, begrenzen, **sofern genügend geeignete Bewerber zur Verfügung stehen**.
- Dazu gibt der öffentliche Auftraggeber **in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung** an:
 - » die von ihm vorgesehenen objektiven und nichtdiskriminierenden Eignungskriterien für die Begrenzung der Zahl,
 - » die vorgesehene Mindestzahl und
 - » gegebenenfalls auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber.
- Die vom öffentlichen Auftraggeber vorgesehene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein.
- Sofern die Zahl geeigneter Bewerber unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren fortführen, indem er den oder die Bewerber einlädt, die über die geforderte Eignung verfügen.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Struktur des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb



Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Struktur des Verhandlungsverfahrens (Angebotsphase)

- ▶ Nach § 17 Abs. 12 VgV bzw. § 3b Abs. 3 Nr. 8 VOB/A-EU (beachte: kein Pendant in der UVgO vorhanden) können die Auftraggeber vorsehen, dass das **Verhandlungsverfahren in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird**, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, oder die zu erörternden Lösungen anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern.

➔ Ausschluss / Parken von Angeboten

- ▶ **Aber:** In der Schlussphase müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.
 - „Bevorzugte-Bieter-Verfahren“ („Preferred Bidder“), bei dem der Auftraggeber ein Unternehmen bestimmt und nur mit diesem das Angebot endverhandelt, sind nicht (mehr) zulässig (vgl. VK Südbayern, Beschl. v. 03.07.2019, Z3-3-3194-1-09-03/19).
 - Endverhandlungen mit dem Bestbieter sind allerdings zulässig, wenn keine Auswirkungen mehr auf die Wertungsreihenfolge möglich (OLG Rostock, Beschl. v. 30.09.2021, 17 Verg 3/21).

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Gegenstand der Verhandlungen

- ▶ Sowohl der **Preis als auch der Inhalt der angebotenen Leistung** können Gegenstand von Verhandlungen sein.
 - ▶ **Mindestanforderungen** in den Vergabeunterlagen sind dagegen nicht verhandelbar (vgl. VK Nordbayern, Beschl. v. 11.07.2011, 21.VK-3194-17/11; BGH, Urt. v. 01.08.2006, X ZR 115/04; EuGH, Urt. v. 05.12.2013, Rs. C-561/12).
 - ▶ Außerdem gilt die **Pflicht Wahrung der Identität des ausgeschriebenen Auftrags** (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 01.09.2004, 1 Verg 11/04).
 - ▶ Nicht verhandelbar sind im Übrigen die **Zuschlagskriterien** (§ 17 Abs. 10 VgV).
- ➔ Ggf. „offene“ Wertungsmatrix nutzen (vgl. § 58 Abs. 3 VgV)!

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Exkurs: „Offene Wertungsmatrix“

- ▶ Beispiel für eine „klassische“ Gewichtung
 - Qualität der Leistungen: 30%
 - Kundendienst: 10%
 - Lieferfrist: 20%
 - Preis: 40%
- ▶ Beispiel für eine Gewichtung mittels einer Marge:
 - Qualität der Leistungen: 25% bis 35%
 - Kundendienst: 5% bis 15%
 - Lieferfrist: 25% bis 35%
 - Preis: 35% bis 45%
- ▶ Beispiel für eine Gewichtung in absteigenden Reihenfolge:
 - Preis (1)
 - Qualität der Leistungen (2)
 - Lieferfrist (3)
 - Kundendienst (4)

Summe muss
jeweils 100% ergeben!

***Aber: Keine Verhandlung
der Zuschlagskriterien und
keine diskriminierende
nachträgliche Gewichtung!***

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Transparenz des Verhandlungsverfahrens

- ▶ Bindung an den mitgeteilten Verfahrensablauf.
- ▶ Pflicht zur Unterrichtung der Bieter, wenn die Verhandlungen abgeschlossen werden sollen
→ Die Bieter haben dann eine **einheitliche Frist zur Abgabe letztverbindlicher Angebote**. Diese letztverbindlichen Angebote dürfen nicht mehr verhandelt werden (es sei denn, es müssen mit dem Bestbieter noch geringfügige, nicht wertungsrelevante Aspekte konkretisiert werden).
- ▶ Pflicht zur **Unterrichtung** aller Bieter in Textform über etwaige **Änderungen der Vergabeunterlagen** und **Gewährleistung ausreichender Zeit zur Überarbeitung der Angebote**.
- ▶ Pflicht zur **Unterrichtung** der Bieter über **Verlauf und Fortschritte der Verhandlungen** mit den anderen Bietern.
 - Aber: Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen!
 - Individuell verhandelte Änderungen sind möglich, soweit diese in die Wertung der Angebote einfließen (Beispiel: Vertragliche Risikoverteilung) und dürfen bzw. müssen dann ebenfalls geheim gehalten werden.

Schwerpunktthema „Verhandlungsverfahren“

Pflicht zur Verhandlung?

► § 17 Abs. 11 VgV (verbindliche Erstangebote):

– Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung (...) diese Möglichkeit vorbehalten hat.

- ✓ Prüfung, ob dies überhaupt sinnvoll ist (Nutzen / Risiken)
- ✓ Angabe in der Vergabebekanntmachung / Aufforderung zur Interessensbestätigung





360° Blick Auftraggeber/Auftragnehmer „Verhandlungsverfahren“

KOINNO Roadshow – Verhandlungsverfahren

1. Der Teilnahmewettbewerb in der Praxis
2. Die Angebotsphase in der Praxis

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Bereitstellung der Vergabeunterlagen

▶ **§ 41 Abs. 1 VgV / § 29 UVgO:**

Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können.

▶ OLG München v. 13.03.2017, Verg 15/16 (unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung):

- Diese Pflicht gilt **uneingeschränkt auch bei zweistufigen Vergabeverfahren**.

▶ Aber: OLG Düsseldorf v. 17.10.2018, Verg 26/18:

- Diese Pflicht bezieht sich im zweistufigen Verfahren nur auf **für die Entscheidung über die Verfahrensteilnahme erforderliche Informationen** („*alle Angaben, die erforderlich sind, um dem Bewerber eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen*“, vgl. § 29 Abs. 1 VgV, § 21 Abs. 1 UVgO).

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Bereitstellung der Vergabeunterlagen

- ▶ Ausgangspunkt für den Inhalt der Vergabeunterlagen ist § 29 VgV bzw. § 21 UVgO. Danach gehören zu den Vergabeunterlagen
 - a) ein Anschreiben,
 - b) eine Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Zuschlagskriterien, sofern nicht in der Bekanntmachung bereits genannt und
 - c) die Vertragsunterlagen, die aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen bestehen.

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Bereitstellung der Vergabeunterlagen

- ▶ Klare Unterteilung in Teilnahmeunterlagen und Angebotsunterlagen sinnvoll. Das betrifft sowohl den Ort der Bereitstellung der Unterlagen auf der Vergabeplattform als auch die Bezeichnung der Dokumente selbst.
- ▶ Nutzen eines Informationsmemorandums für den Teilnahmewettbewerb
- ▶ Bereitstellung von Formblättern / Vorlagen auch für den Teilnahmewettbewerb
- ▶ „Textform“ als Standard für die Teilnahmeanträge / Interessensbestätigungen
- ▶ Datenschutzhinweise
- ▶ Checkliste für die Bewerber beifügen



360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Rügepflichten in der Teilnahmephase

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.03.2018 – Verg 54/17

- ▶ Bieter sind auch im zweistufigen Verfahren verpflichtet, die veröffentlichten Unterlagen umfassend zu prüfen. Jeder objektiv erkennbare angebliche Vergaberechtsmangel ist daher bis zum Ablauf der nächsten in § 160 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 GWB genannten Frist (im Zweifel also: dem Ende der Bewerbungsfrist im Teilnahmewettbewerb!) zu rügen.
- ▶ Nur Bestandteile der Vergabeunterlagen, die erst für die zweite Phase des Vergabeverfahrens (= Angebotsphase) bereitgestellt werden, können noch später bis zum Ende der Angebotsphase gerügt werden.
- ▶ Nach wie vor kommt es außerdem für den Eintritt der Präklusion darauf an, ob die zu rügenden Verstöße für einen durchschnittlichen, fachkundigen Bieter bei Anwendung üblicher Sorgfalt „ins Auge fallen“, also ohne tiefgehende Prüfung erkennbar sind. Erst dann kann nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB überhaupt die Rügepräklusion eintreten.

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Begrenzung des Bewerberkreises

- ▶ § 17 Abs. 4 Satz 2 VgV:

„Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, gemäß § 51 begrenzen.“

➔ „Kann-Vorschrift“, d.h., der Auftraggeber kann auch alle geeigneten Bewerber zur Angebotsabgabe auffordern.

- » Das kann sinnvoll sein, um z.B. Startups im Rennen zu halten.
- » Aber Risiko: „Zu viele“ Anbieter und Angebote
→ Erheblicher Aufwand von Verhandlungen



360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Begrenzung des Bewerberkreises

- ▶ Möglichkeiten zur Auswahl des Bewerberkreises
 - Anhand eines bestimmten Kriteriums (z.B. der Passgenauigkeit der benannten Referenzen)
oder
 - anhand einer „**Eignungsmatrix**“

- ▶ Im Zweifel entscheidet unter mehreren gleichgeeigneten Bewerbern das Los.

- ▶ Unterrichtung der Bewerber über den Ausgang der Auswahlentscheidung mindestens ratsam (sichert Transparenz und löst im Übrigen Rückpflicht aus).

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Begrenzung des Bewerberkreises

VK Sachsen, Beschluss vom 30.08.2017 – 1/SVK/015-17

Sachverhalt:

Der Auftraggeber (AG) unterteilt den Teilnahmewettbewerb in zwei Stufen, um jeweils die Zahl der Bewerber auf der nächsten Stufe zu verringern. In der ersten Phase des Teilnahmewettbewerbs sollen zunächst die von den Bietern übermittelten Referenzen und wirtschaftlichen Kennzahlen bewertet werden. In der zweiten Phase soll dann eine von den Bewerbern beizubringende Präsentation des Lösungsvorschlages bewertet werden. Für die zwei Stufen des Teilnahmewettbewerbs wird jeweils eine gesonderte Wertungsmatrix verwendet. Die Wertungsmatrix für die zweite Phase soll jedoch nur den Bewerbern zur Verfügung gestellt, die nicht bereits in der ersten Phase ausgeschieden sind.

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Teilnahmewettbewerb in der Praxis – Begrenzung des Bewerberkreises

VK Sachsen, Beschluss vom 30.08.2017 – 1/SVK/015-17

Entscheidung:

Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg! Ein Vergaberechtsverstoß liegt zum einen darin, dass die Wertungsmatrix des zweiten Teils des Teilnahmewettbewerbs nicht auch denjenigen Teilnehmern bekannt gemacht wurde, die im ersten Teil ausschieden. Der gemäß § 51 Abs. 1 Satz 2 auch im Teilnahmewettbewerb geltende Transparenzgrundsatz ist nicht mehr gewahrt, wenn die verwendeten Wertungsmatrizen nicht allen Bewerbern bekannt gemacht werden.

Zudem verstößt die Aufteilung des Teilnahmewettbewerbs gegen § 17 Abs. 1 Satz 3 VgV i.V.m § 51 Abs. 1 Satz 2 VgV. Denn im Teilnahmewettbewerb sind ausschließlich Eignungskriterien zu bewerten. Die Präsentation eines Lösungsvorschlags ist jedoch ein Zuschlagskriterium, soweit sich Teilaspekte der Präsentation direkt auf die ausgeschriebene Leistung beziehen sollen und somit nicht auf die generelle Leistungsfähigkeit des Bieters.

KOINNO Roadshow – Verhandlungsverfahren

1. Der Teilnahmewettbewerb in der Praxis
2. Die Angebotsphase in der Praxis

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Angebotsphase in der Praxis – Rahmenbedingungen

- ▶ Der Auftraggeber ist an die wesentlichen Vergaberechtsprinzipien der **Transparenz**, der **Gleichbehandlung** und des **Wettbewerbs** gebunden.
- ▶ Der Auftraggeber regelt, worüber (nicht) verhandelt wird; er kann die Bieter zum Anmelden von Verhandlungsbedarf auffordern.
- ▶ Der Auftraggeber legt fest, inwieweit die Angebote nach den Verhandlungsrunden abgeändert werden können.
- ▶ **Vorsicht:** Weder die bloße Abgabe von Angeboten (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015, VII-Verg 28/14) noch das bloße Anhören (und spätere Bewerten) einer Präsentation stellt Verhandlungen i.S.d. § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV dar.
- ▶ Fand eine Verhandlung i.S.d. § 17 Abs. 10 Satz 1 VgV statt, müssen die Bieter nach § 17 Abs. 14 Satz 1 VgV Gelegenheit zur Einreichung überarbeiteter Angebote haben.

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Angebotsphase in der Praxis – Begriff und Zielstellung der Verhandlung

- ▶ **„Verhandeln“** bedeutet, dass Auftraggeber und potentielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen, bis klar ist,
 - wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll,
 - zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert und
 - grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird.

- ▶ **§ 17 Abs. 10 VgV, § 12 Abs. 4 UVgO:**
 - Verhandlungen dienen dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern.
 - Es darf über alles verhandelt werden, außer über die in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien.

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Angebotsphase in der Praxis – Begriff und Zielstellung der Verhandlung

- ▶ Verhandlungen können zwingend sein, z.B. wenn vor den ersten Verhandlungen noch Spezifikationen, Preisblätter ö. Ä. fehlen, die eine **Vergleichbarkeit der Angebote** sichern.
- ▶ Verhandlungen können aber auch bloß wünschenswert sein, z.B. um Konzepte oder den Preis „nachzubessern“ oder Zusatzleistungen „heraus zu handeln“ (aber **Vorsicht: Auftragsbezug** der Zusatzleistungen sowie **Transparenz, Gleichbehandlung und fairer Wettbewerb** müssen gewährleistet bleiben!)
- ▶ Soweit es im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens heißt, die Bieter hätten bereits mit dem Ablauf der (ersten) Angebotsfrist ein verbindliches, vollständiges und zuschlagsfähiges Angebot vorzulegen, schließt auch dies nicht aus, dass das erste Angebot zur Grundlage von weiteren Verhandlungen im Laufe des Verfahrens gemacht werden kann (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.02.2012, Verg W 1/12).

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Angebotsphase in der Praxis – Indikative vs. Verbindliche Angebote

- ▶ Wenn Verhandlungen nicht zwingend sind, kann sich der Auftraggeber in der Bekanntmachung bzw. der Aufforderung zur Interessensbestätigung vorbehalten, bereits die Erstantgebote zu bezuschlagen. ➔ **Ggf. erste und letzte Chance für Bieter, ihr Angebot zu platzieren!**

Indikative Angebote	Verbindliche Angebote
Dürfen von Vorgaben abweichen	Müssen vollständig den Vorgaben entsprechen
Dürfen mit Blick auf Leistungsinhalte und Preise noch „offen“ oder lückenhaft sein	Müssen mit Blick auf Leistungsinhalte und Preise vollständig sein
Erlauben offenen Ideenaustausch	Begrenzen Verhandlungsvorschläge
Erfordern mindestens eine Verhandlungsrunde	Erlauben schnellen Verfahrensabschluss
Ggf. wenig Fokussierung bei den Bietern	Ggf. „Abschreckungseffekt“ bei den Bietern

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Angebotsphase in der Praxis – Indikative vs. Verbindliche Angebote

- ✓ Je weiter die Verhandlungsspielräume und je unpräziser die Vorstellung des AG von der endgültigen Lösung (einschließlich deren Bepreisung und vertragliche Abbildung), umso mehr spricht für die Einholung erster indikativer Angebote.
- ✓ Wichtig: Klare Kennzeichnung von nicht verhandelbaren Mindestanforderungen einerseits und verhandelbaren Punkten andererseits.
- ✓ „Kanalisation“ der Verhandlungsvorschläge durch Vorgabe eines Formblatts.
- ✓ Je größer die Verhandlungsspielräume der Bieter sind, umso mehr spricht für eine „offene“ Wertungsmatrix.
- ✓ Je größer die individuellen Verhandlungsspielräume sind, umso mehr spricht für eine Bewertung der individuellen Verhandlungsergebnisse.



360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Vorbereitung der Verhandlungsrunden

- ✓ Ggf. **thematische Unterteilung** der Verhandlungsrunden

- ✓ Sinnvolle **Auswahl der Mitglieder** des Verhandlungsteams
 - Wichtig: Briefing der Mitglieder und Festlegung einer Verhandlungsstrategie
 - Für Auftraggeber: Dasselbe Verhandlungsteam sollte mit allen Bietern verhandeln (Gleichbehandlung!)
 - Für Bieter: Das Verhandlungsteam sollte auskunftsfähig und hinreichend entscheidungsbefugt sein („Mitnahme“ von Punkten sollte die Ausnahme darstellen)

- ✓ Mitteilung des **Inhalts der Verhandlungsrunden** und eines **vorläufigen Zeitplans** schon in den Vergabeunterlagen (Transparenz!)

- ✓ **Rechtzeitige Einladung; Agenda** der Einzelgespräche vorab festlegen und den Bietern mitteilen (Puffer einplanen!)



360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Abwicklung der Verhandlungsrunden

- ✓ **Agenda** als „Leitplanke“ und „roter Faden“, aber es bleiben dennoch Spielräume.
- ✓ Wichtig: **Protokoll** führen und vom Bieter gegenzeichnen lassen.
- ▶ Siehe auch Erwägungsgrund (58) RL 2014/24/EU:

Wichtig auch für die Auslegung des § 9 VgV!

*„Während wesentliche Bestandteile eines Vergabeverfahrens wie die Auftragsunterlagen, Teilnahmeanträge, Interessensbestätigungen und Angebote stets in Schriftform vorgelegt werden sollten, sollte weiterhin auch die mündliche Kommunikation mit Wirtschaftsteilnehmern möglich sein, vorausgesetzt, dass ihr Inhalt ausreichend dokumentiert wird. Dies ist nötig, um angemessene Transparenz sicherzustellen und so überprüfen zu können, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten wurde. **Wichtig ist vor allem, dass mündliche Kommunikationen mit Bietern, die einen Einfluss auf den Inhalt und die Bewertung des Angebots haben könnten, in hinreichendem Umfang und in geeigneter Weise dokumentiert werden, z. B. durch Niederschrift oder Tonaufzeichnungen oder Zusammenfassungen der wichtigsten Aspekte der Kommunikation.**“*

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Abwicklung der Verhandlungsrunden – Teilnahmepflicht an Verhandlungen?

- ▶ Die Teilnahme an Verhandlungsterminen im Verhandlungsverfahren steht nicht im Belieben eines Bieters.
- ▶ Ist ein Bieter an einem von der Vergabestelle festgesetzten Termin – aus welchen Gründen auch immer – an der Teilnahme verhindert, bleibt ihm nur der Weg, die Vergabestelle zu bitten, einen anderen Termin festzusetzen oder – sollte sich der gesetzte Termin als vergaberechtswidrig darstellen – die Terminierung zu rügen.
- ▶ Sagt ein Bieter dagegen eigenmächtig und rügelos die Teilnahme an einem von der Vergabestelle festgesetzten Verhandlungstermin ab, scheidet er aus dem gesamten Verhandlungsverfahren aus, ohne dass er dies explizit so erklären muss (vgl. VK Südbayern, Beschl. v. 09.09.2014, Z3-3-3194-1-35-08/14 und OLG München, Beschl. v. 20.03.2013, Verg 5/13)

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Abwicklung der Verhandlungsrunden – Verhandlungsführung

- ✓ Auftraggeber wie Bieter sollte sich vorab klar machen, wie ihre **Verhandlungsposition** ist (was ist am Markt durchsetzbar / wo stehe ich im Wettbewerb?) und wo ihre unverrückbaren Grenzen liegen.
- ✓ Der öffentliche Auftraggeber darf **vertrauliche Informationen** eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben. Die Zustimmung darf auch nicht pauschal eingeholt werden (§ 17 Abs. 13 VgV, § 3b Abs. 3 Nr. 9 VOB/A-EU; § 12 Abs. 5 UVgO).
- ✓ Der Auftraggeber ist insbesondere nicht berechtigt, die angebotenen Preise an Wettbewerber mitzuteilen, solange diese darauf noch durch Änderung der eigenen Angebote reagieren können. Das folgt aus dem **Grundsatz des Geheimwettbewerbs**, der auch im Verhandlungsverfahren gilt, sowie aus der Pflicht zum **Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen**.
- ✓ Auch das **„Bluffen“** (z. B. über die Anzahl und/oder Inhalte konkurrierender Angebote, die vorläufige Platzierung o. Ä.) ist vergaberechtswidrig.



360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Auswertung der Verhandlungsrunden

- ▶ Nach Abschluss der Verhandlungsrunden: **Auswertung der Verhandlungsergebnisse**
- ▶ Mögliche Ergebnisse:
 - Konkretisierung der Vergabeunterlagen (z.B. des Preisblatts oder vertraglicher Regelungen) für alle Bieter
 - Änderung der Vergabeunterlagen (z.B. der Leistungsbeschreibung oder vertraglicher Regelungen) für alle Bieter
 - Individualisierung der Vergabeunterlagen (z.B. Aufforderung zur Vorlage zusätzlicher Unterlagen / Informationen für einen konkreten Lösungsvorschlag; Individualisierung des Vertragswerks)
 - Beibehaltung der ursprünglichen Vergabeunterlagen und Aufforderungen zur erneuten Bepreisung (bzw. Vorlage eines neuen Angebots)
- ▶ Änderungen der Vergabeunterlagen sind deutlich mitzuteilen (Änderungsmodus!) und auf erfolgte Individualisierungen ist hinzuweisen (Transparenz!).

360°-Blick „Verhandlungsverfahren“

Verringerung der verhandelten Angebote

- ▶ Bei einer Abwicklung des Vergabeverfahrens in Phasen erfolgt die Verringerung der Zahl der Angebote anhand einer vorläufigen Zuschlagswertung.
- ▶ **Vorsicht:** Eine „zweigeteilte“ Wertung, bei der bestimmte Wertungskriterien erst in späteren Phasen des Vergabeverfahrens zum Zuge kommen, ist vergaberechtlich kritisch.
 - „Echte“ Zweiteilung: Gewährleistung des *insgesamt* besten Preis-Leistungs-Verhältnisses?
 - „Unechte“ Zweiteilung (z.B. wertungsrelevante Angebotspräsentation oder Teststellung am Ende der Verhandlungsrunden): „Überholen“ eines vormals schlechter platzierten Angebots sicher ausgeschlossen?
- ▶ **Vorsicht:** Verringerung der Zahl der Angebote ist nur anhand verbindlicher Angebote und nur auf Grundlage der endgültig Wertungsmatrix zulässig.





Zusammenfassung und Diskussion



wir sind für sie da. und da. und da.

voßstraße 20 10117 berlin

t +49 [0]30. 884 80 80 f +49 [0]30. 88 48 08 84

berlin@avocado.de

thurn-und-taxis-platz 6 60313 frankfurt

t +49 [0]69. 913 30 10 f +49 [0]69. 91 33 01 19

frankfurt@avocado.de

neuer wall 46 20354 hamburg

t +49 [0]40. 468 979 80 f +49 [0]40. 468 97 98 99

hamburg@avocado.de

spichernstraße 75-77 50672 köln

t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29

koeln@avocado.de

türkenstraße 7 80333 münchen

t +49 [0]89. 55 05 95 60 f +49 [0]89. 550 59 56 29

muenchen@avocado.de

rond point schuman 6 box 5 b-1040 bruxelles

t +32 [0]2 742 32 00 f +32 [0]2 734 76 71

bruxelles@avocado.de



avocado
rechtsanwälte

Dr. Rebecca Schäffer, MJJ

spichernstraße 75-77 50672 köln

t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29

koeln@avocado.de

r.schaeffer@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte:

berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts
berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen.