von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Vergaberecht: Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist insbesondere bei der Vergabe von komplexen IT-Leistungen oft die probate Vergabeart. Das Verhandlungsverfahren ist einerseits nicht so reglementiert wie das offene oder nicht offene Verfahren. Anderseits sind bei aller Freiheit die vergaberechtlichen Prinzipien einzuhalten. Dies verunsichert manche Vergabestelle. Der folgende Beitrag stellt die Chancen und Risiken des EG-Verhandlungsverfahrens dar und bietet Hilfestellung.

1. Wann ist ein Verhandlungsverfahren zulässig?

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist insbesondere bei der Vergabe von komplexen IT-Leistungen oft die probate Vergabeart, weil die zu beschaffende IT-Leistung so einzigartig und der Markt so unüberschaubar sind, dass die Vergabestelle nicht sicher sein kann, in einem offenen oder nicht offenen Verfahren überhaupt ein verwertbares Angebot erhalten zu können, auf das sie ohne Nachjustierung in einer Verhandlung einen Zuschlag erteilen kann.

Gemäß § 3 EG Abs. 3c) VOL/A ist das Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme zulässig, wenn

a) in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren oder einem wettbewerblichen Dialog nur Angebote abgegeben worden sind, die ausgeschlossen wurden, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden.Die Auftraggeber können in diesen Fällen von einem Teilnahmewettbewerb absehen, wenn sie in das Verhandlungsverfahren alle Unternehmen einbeziehen, welche die Voraussetzungen an Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erfüllen und form- und fristgerechte Angebote abgegeben haben,

b) es sich um Aufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen,

c) die zu erbringenden Dienstleistungsaufträge, insbesondere geistig-schöpferische Dienstleistungen der Kategorie 6 des Anhangs I A VOL/A, dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebots in Übereinstimmung mit den Vorschriften über offene und nicht offene Verfahren vergeben zu können.

Bei der Frage, ob eine Aufgabenlösung eindeutig beschreibbar ist, hat der Auftraggeber keinen Beurteilungs- oder Entscheidungsspielraum. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der in vollem Umfang durch die Vergabeinstanzen überprüfbar ist. Die Vergabeinstanzen sind aber trotz dieser klaren Entscheidungssituation recht entgegenkommend bei der Überprüfung; ob die Wahl des Verhandlungsverfahrens vergaberechtskonform war. Sie stehen in der Regel auf dem Standpunkt, dass

sich allein aus der Wahl des Verhandlungsverfahrens regelmäßig gegenüber dem offenen Verfahren kein grundsätzlicher Nachteil für den Bieter ergibt. Die Vergabestelle wird daher in der Regel nach Darstellung der Gründe für die Wahl des Verhandlungsverfahrens in den Vergabeakten nicht befürchten müssen, dass die Bieter darlegen können, durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens in ihren Rechten verletzt zu sein. Eine solche Rechtsverletzung läge nur dann vor, wenn der Bieter vortragen und beweisen könnte, dass er durch die Wahl des Verfahrens faktisch an der Abgabe eines Angebotes gehindert und von dem nach §§ 104 ff. GWB vorgesehenen Rechtsschutz abgeschnitten ist. Dies wird aber in den seltensten Fällen zutreffen, denn tatsächlich eröffnet das Verhandlungsverfahren gegenüber dem offenen Verfahren dem Bieter durch seine größere Flexibilität größere Möglichkeiten der Angebotsgestaltung so Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 14.10.2009 (Az. VK 2. 174 / 09.

2. Anwendungsfälle bei der IT-Beschaffung

Im IT-Bereich werden Verhandlungsverfahren oft in folgenden Fällen durchgeführt:

- IT-Beschaffungen, denen komplexe und umfassende Verträge wie etwa der EVB-IT Systemvertrag zugrunde liegen
- Komplexe IT-Systemserviceverträge
- Komplexe Softwareentwicklungsprojekte
- IT-Outsourcing- oder IT-Outtaskingprojekte (Aufgabenauslagerung)
- Große Rahmenvereinbarungen über IT-Produkte
- Komplexe Dienstleistungsprojekte (z.B. flächendeckende Einführung von ITIL-Prozessen)
- Rechenzentrumskonsolidierungsprojekte
- Forschungs- und Entwicklungsleistungen im IT-Bereich

Daneben ist das Verhandlungsverfahren für IT-Beschaffungen, die in den Geltungsbereich der VOF fallen (z.B. bestimmte IT-Dienstleistungen mit hohem geistig schöpferischem Anteil wie etwa Softwareprogrammierung) das Standardverfahren.

3. Ablauf des Verhandlungsverfahrens

(1) Vorbereitung des Verhandlungsverfahrens

- Anlegung einer Vergabeakte
- Schätzung des Auftragswertes
- Festlegung des Vergabeverfahrens
- Festlegung der Vergabeart
- Erstellung eines Zeitplans

(2) Durchführung des Verfahrens bis zum Versand der Vergabeunterlagen)

- Erstellung der Vergabeunterlagen inklusive
- Teilnahmebedingungen inklusive Bewertungsmatrizen für die Eignungsprüfung und aller vom Bieter auszufüllender Formblätter
- Bewerbungsbedingungen und Bewertungsmatrizen für die Eignungsprüfung und die Leistungsbewertung
- Vertragsentwurf, Leistungsbeschreibung und Preisblatt
- Aufnahme der jeweiligen Bewertungsmatrix für die Eignungsprüfung und Leistungsbewertung in die Vergabeakte

(3). Bekanntmachung mit Beschreibung der Angebotsanforderungen

(4) Teilnahmewettbewerb

- Entgegennahme und Beantwortung von Fragen der Bewerber
- Entgegennahme der Teilnahmeanträge
- Prüfung und Bewertung der Teilnahmeanträge
- Auswahl derjenigen Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen (mind. drei geeignete Bewerber)
- Information an nicht berücksichtigte Bewerber

(5) Versand der Vergabeunterlagen

- Behandlung von Bieterfragen
- Angebotsöffnung

##(6) Bewertung der Angebote##

##(7) Aufforderung zur Angebotsabgabe an mindestens drei der geeignetsten Bieter##

##(8) Verhandlung##

- Verhandlungsrunden mit Dokumentation der Ergebnisse
- Abgabe eines letzten sog. "qualifizierten" Angebots
- Wertung des letzten Angebotes
- Entscheidung über den Zuschlag

(9) Zuschlag und weitere erforderliche Schritte nach der Entscheidung über den Zuschlag

- Information an die nicht berücksichtigten Bieter und, sofern nicht bereits nach dem Teilnahmewettbewerb erfolgt, auch an die nicht berücksichtigten Bewerber
- Zuschlag
- Fertigstellung der Vertragsurkunde, kann auch vor der Zuschlagserteilung erfolgen (wird bei komplexen Verträgen empfohlen)
- Unterzeichnung der Vertragsurkunde
- Erfüllung der Bekanntmachungs-/Melde- und Berichtspflichten

4. Anzahl der Teilnehmer am Verhandlungsverfahren

§ 3 EG Abs. 6 S. 2 VOL/A legt fest, dass die Höchstzahl der einzuladenden Unternehmen im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nicht unter drei liegen darf. Damit sichert die VOL/A den Wettbewerb in den nachfolgenden Phasen des Vergabeverfahrens. Diese Mindestzahlen sind keine Orientierungshilfen, sondern müssen vom Auftraggeber zwingend beachtet werden. Das gebietet der Wettbewerbsgrundsatz (siehe hierzu Ziffer 6.1.4). Eine Ausnahme liegt natürlich vor, wenn sich weniger als drei geeignete Unternehmen um die Teilnahme am Vergabeverfahren bewerben oder nach Bewertung der ersten Angebote nur weniger als drei Unternehmen übrig bleiben, die alle Mindestkriterien in ihren Angeboten erfüllt haben

5. Zeitplanung

Die Zeitplanung des Verhandlungsverfahrens ist weitgehend frei von Vorgaben. Beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb gelten lediglich Fristbestimmungen für die Einreichung von Teilnahmeanträgen. Diese betragen

- in der Regel mindestens 37 Kalendertage,
- Bei elektronisch erstellten und übermittelten Bekanntmachungen mindestens 30 Kalendertage,
- bei besonderer Dringlichkeit (beschleunigtes Verfahren) mindestens 15 Kalendertage,
- bei besonderer Dringlichkeit (beschleunigtes Verfahren) mit elektronischer Übermittlung mindestens 10 Kalendertage,

jeweils gerechnet vom Tag nach Absendung der Bekanntmachung.

Weiterhin gilt generell die Informations- und Wartefrist gemäß § 101a GWB. Im Übrigen müssen Fristen für Bieter angemessen sein. Es sollte bedacht werden, dass der Bieter nur bei Gewährung einer ausreichenden Frist für die Erstellung der Angebote auch in der Lage sein kann, ein gutes und verwertbares Angebot zu erstellen.

Bei der Planung von Präsenzterminen ist in jedem Fall darauf zu achten, dass die Bewerber bzw. Bieter

frühzeitig und mit angemessenem Vorlauf über bevorstehende Termine informiert werden, damit eine entsprechende Planung und Vorbereitung erfolgen kann.

6. Vergaberechtliche Vorgaben für das Verhandlungsverfahren

Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens ist weder durch das europäische noch durch das deutsche Vergaberecht zwingend vorgeschrieben. Trotz der Gestaltungsspielräume des Auftraggebers ist die Verhandlungsphase des Verhandlungsverfahrens kein vergaberechtsfreier Raum. Die vergaberechtlichen Grundsätze sind daher im Verfahren einzuhalten, z.B. Transparenz, Gleichbehandlung (siehe unten unter Ziffer 6.1). Das Verhandlungsverfahren gibt den ausgewählten Unternehmen die Gelegenheit, Fragen zur Durchführung des Projekts zu stellen. Der Auftraggeber kann die Fragen in anonymisierter Form beantworten, um keine Wettbewerbsvorteile für einzelne Bieter zu verursachen. Die Antworten werden allen Bietern zugänglich gemacht. Um das Verfahren zu straffen, empfiehlt es sich, bestimmte Fristen für Fragen vorzugeben. So können mehrere Fragerunden systematisch und für alle transparent abgearbeitet werden.

Die Regelungen zum Verfahrensablauf sind in den Bewerbungsbedingungen oder einer gesonderten Verfahrensordnung im Einzelnen festzulegen und den Bietern zu übermitteln. Darin kann beispielsweise geregelt sein, unter welchen Umständen Angebote (verbindlich, nicht verbindlich siehe unten unter Ziffer 8) eingereicht werden können, wie die Verhandlungen ablaufen, über welche Punkte verhandelt wird oder nicht, und welche zusätzlichen Demonstrationen und Erörterungen von Lösungsansätzen vom Bieter im Rahmen der Verhandlungen erwartet werden. Sind diese sehr umfangreich, sollte geprüft werden, ob den Bietern nicht eine Kostenerstattung anzubieten ist.

Üblich ist es, das Verhandlungsverfahren mit einem so genannten „last call“ das heißt einem letzten Aufruf zur Einreichung eines besten Schlussangebotes (auch als BAFO, best and final offer bezeichnet) zu beenden. Für diesen „last call“ sind eindeutige Regeln auch hinsichtlich der formalen Prüfung und Bewertung der Angebote zu definieren.

##6.1 Spielräume: Grenzen und Möglichkeiten##

Da es kaum Regelungen in GWB, VOL/A und VOF zum konkreten Ablauf von Verhandlungsverfahren gibt, bestehen auch grundsätzlich relativ viele Spielräume bei der Ausgestaltung von Verhandlungsverfahren. Die vorhandenen Regeln des Vergaberechts sind aber natürlich zwingend zu beachten.

Dies gilt insbesondere für

6.1.1 den Gleichbehandlungsgrundsatz:

Dieser gebietet es, alle Bieter gleich zu behandeln und nicht einen Bieter zu bevorzugen, indem

- sein Angebot, obwohl verspätet, angenommen wird,
- sein Angebot nicht ausgeschlossen wird, obwohl es bekannt gegebene Mindestbedingungen nicht erfüllt oder Ausschlusskriterien erfüllt
- nur mit ihm über sein Angebot nachverhandelt wird,
- nur mit ihm über abweichende Auftragsgegenstände verhandelt wird,
- die anderen Bieter nicht über die jeweils ebenfalls in Betracht kommende Variante zu informieren.
- nur ihm gegenüber wesentliche Forderungen aufgegeben werden.

6.1.2 Den Grundsatz der Vertraulichkeit

Es ist der Vergabestelle untersagt, Informationen eines Bieters an einen anderen weiterzugeben. Dabei ist auf die Individualisierbarkeit der Informationen abzustellen. Diese wird nicht notwendig durch die Anonymisierung der Informationsquelle ausgeschlossen. So verstößt auch die anonymisierte Weitergabe von Preisen gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz, wenn diese einem Verhandlungsteilnehmer zugeordnet werden können. Häufig wird dies bei der Weitergabe von Einzelpreisen der Fall sein. Spezifische Einzelpreise sind einem Unternehmen zuzuordnen, wenn hierin eine individuelle Einsparungsmöglichkeit, etwa infolge spezifischer Synergieeffekte zum Ausdruck kommt (Müller-Werde VOL/A § 3EG, Rz. 214) So kann z.B. die örtliche Nähe von Unternehmensstandorten zu verkürzten Anfahrtswegen bei der Dienstleistungserbringung führen, die in den Einzelpreis Eingang finden. Solche Einzelpreise können von einem kundigen Kalkulator ohne weiteres einem Verhandlungsteilnehmer zugeordnet werden.

6.1.3 Der Transparenzgrundsatz

Der Transparenzgrundsatz verlangt, dass die Vergabestelle im Verhandlungsverfahren z.B.

- die Zuschlagskriterien (Ausschluss- und Bewertungskriterien), deren Gewichtung und die Zielerfüllungsgrade,
- die Richtwertmethode für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes,
- den geplante Verfahrensablauf - soweit bekannt,
- die Vorgehensmethode des sukzessives Abschichtens

in der Bekanntmachung oder den Vergabebestimmungen bekannt gibt.

Zudem sind sämtliche Entscheidungen im Verhandlungsverfahren fortlaufend und zeitnah zu dokumentieren und die Verhandlungen selbst zu protokollieren.

###6.1.4 Der Wettbewerbsgrundsatz###

Die Verhandlung im Verhandlungsverfahren ist so wettbewerblich wie möglich zu gestalten. Dies folgt

aus § 97 Abs. 2 GWB. Spezialgesetzliche Regelungen des Wettbewerbsgrundsatzes finden sich in § 3 EG Abs. 6 S. 2 VOL/A, wonach in der Schlussphase eine hinreichende Anzahl von Angeboten für einen echten Wettbewerb vorliegen muss. Der Wettbewerbsgrundsatz kann in Fällen durchbrochen werden, in denen sich z.B. nur ein geeignetes Unternehmen um die Teilnahme am Vergabeverfahren bewirbt oder nach Bewertung der ersten Angebote nur noch ein Unternehmen übrig bleibt, das alle Mindestkriterien in seinem Angebot erfüllt hat.

Begrenzt ist der mögliche Inhalt von Verhandlungen in Verhandlungsverfahren stets durch den Inhalt der europaweiten Bekanntmachung. Beispielsweise können wesentliche Leistungen, die dort aufgeführt waren, nicht ohne weiteres im Verhandlungsweg entfallen. Ebenso können Kerninhalte der Vergabeunterlagen und vor allem der Leistungsbeschreibung nicht wesentlich modifiziert, reduziert oder erweitert werden. Dies gilt vor allem dann, wenn Bieter, die aufgefordert wurden, Angebote abzugeben, von einer Angebotsabgabe aufgrund von Bedenken hinsichtlich der Machbarkeit Abstand genommen haben und später eben diese Machbarkeitsprobleme Verhandlungsgegenstand werden.

Es empfiehlt sich aufgrund der erkennbaren Abgrenzungsmöglichkeiten, dass der Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen selbst klarstellt, worüber er in dem Verhandlungsverfahren verhandeln wird und worüber nicht. Dabei sollte nicht nur der Verhandlungsgegenstand inhaltlich näher konkretisiert werden (z.B. Leistungsbereich Softwareentwicklung oder Preisanpassungsmodell). Es sollte auch klargestellt werden, welche Bestandteile der Vergabeunterlagen im Zuge des Verhandlungsverfahrens gegebenenfalls angepasst werden. Sofern hierzu keine klaren Aussagen getroffen werden, führt dies regelmäßig zu Diskussionen, wie etwa zur Frage, ob Ausschlusskriterien modifiziert oder gar gestrichen werden können oder nicht, ob man das Preisblatt anpassen darf oder nicht oder ob man eine Hauptleistung in eine optionale Leistung umwandeln darf oder nicht. Im Zweifel sollte man sich in den Bewerbungsbedingungen eher weit gefasste Handlungsspielräume ausbedingen.

Es ist auch daran zu denken, solche Handlungsspielräume bereits in der Bekanntmachung auszuführen. Dies verhindert, dass potenzielle Bieter, die sich nicht am Verfahren beteiligen, später nach konkreter Kenntnis über Verhandlungsgegenstände beanstanden, der Verhandlungsspielraum sei überschritten worden.

Keinesfalls darf im Weg der Verhandlung der eigentliche Vergabegegenstand in seinem Wesenskern geändert werden. Schließlich ist stets zu beachten, dass auch im Verhandlungsverfahren der Grundsatz der Selbstbindung des Auftraggebers Geltung hat. Danach hat sich der Auftraggeber an die selbst gesetzten Grundsätze zu halten. Teilt der Auftraggeber etwa mit, Ausschlusskriterien seien kein Gegenstand der Verhandlung, so kann er später auch keine Ausschlusskriterien modifizieren oder wegfallen lassen. Würde er dennoch diesen Weg beschreiten, so wäre ihm ein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbindung vorzuwerfen.

Zur Wahrung der Gleichbehandlung ist darauf zu achten, dass die Verhandlungen mit allen Bietern gleich lange dauern und alle Bieter dieselben Fristen für die Abgabe modifizierter Angebote erhalten. Auf diese Weise ist eine gleich lange Vorbereitungszeit für jeden Bieter gewährleistet.

7. Umfang der Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen sollten sich beim Verhandlungsverfahren nicht von den bei EU-Ausschreibungen üblichen Vergabeunterlagen unterscheiden. Sie teilen sich daher in einen Informations- und einen Bedingungs- oder Vertragsteil auf. Der Informationsteil sollte möglichst schlank gehalten werden und nur die Informationen enthalten, die der Bieter benötigt, um ein verwertbares Angebot abzugeben. Ein solcher Aufbau könnte sich wie folgt gliedern:

a)Informationsteil

- Anschreiben; Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen,
- Bewerbungsbedingungen: Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens inklusive der Verhandlungen einschließlich der Angabe der Zuschlagskriterien und der Methoden zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes, sofern diese nicht in der Bekanntmachung bereits genannt wurden.

b)Vertragsteil

Vertragsunterlagen, die zumindest aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen und Preisblatt bestehen.

Zu der geplanten Verhandlung könnten die Bewerbungsbedingungen z.B. folgende Ausführungen enthalten:

> „Verhandlungsverfahren
> Von den insgesamt möglichen fünf Angeboten werden die drei Bieter mit den wirtschaftlichsten Angeboten zu einer ersten Verhandlungsrunde eingeladen. Die viert- und fünftplatzierten Angebote scheiden aus.
> Die Verhandlungsrunde besteht aus einer anfänglichen mündlichen Leistungsprüfung und der eigentlichen Verhandlung.
> In der ersten Verhandlungsrunde präsentieren die Bieter das Projektteam, das der Bieter für die Leistungen im Projekt zur Verfügung stellt und das die Schlüsselpositionen im Sinne des EVB-IT Systemvertrages einnimmt.
> Nach der Beendigung der ersten Verhandlungsrunde findet eine erneute Angebotsbewertung unter Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse statt. Der vorläufige Termin der ersten Verhandlungsrunde ergibt sich aus Ziff. 4. Es wird gebeten sicherzustellen, dass im angegebenen Zeitraum personelle Ressourcen zur Verfügung stehen.
> Die Bieter haben sicherzustellen, dass die sie bei der Präsentation vertretenden Personen

über umfangreiche Verhandlungsvollmachten verfügen.
Es besteht die Möglichkeit, die Verhandlung in verschiedenen, aufeinander folgenden Phasen abzuwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, oder die zu erörternden Lösungen anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Sofern erforderlich, wird daher eine zweite Verhandlungsrunde mit mindestens zwei Bietern mit den wirtschaftlichsten Angeboten durchgeführt. Der Bieter mit dem drittplatzierten Angebot scheidet aus dem Verfahren aus.
Teilnehmer an den Verhandlungen
Auf Seiten der Vergabestelle werden mindestens teilnehmen:
Verantwortlicher für das Vergabeverfahren als Verhandlungsführer
- Geschäftsführer
- Justiziar
- Projektmanager

Auf Seiten des Bieters sollen bei der ersten Verhandlung mindestens folgende Personen teilnehmen.
- Geschäftsführer oder Prokurist oder sonstiges bevollmächtigtes Mitglied der Geschäftsleitung
- Der Projektmanager
- Ein Mitarbeiter, der für das Customizing maßgeblich verantwortlich ist
- Ein Mitarbeiter, der für die Programmierung maßgeblich verantwortlich ist

Gegenstand der Verhandlungen
Gegenstand der Verhandlungen ist die ausgeschriebene Leistung mit Ausnahme:
- der Liste der Ausschlusskriterien gem. Anlage A
- der rechtlichen Vorgaben des EVB-IT Systemvertrages
- der Ziele gemäß Ziffer 2 der Leistungsbeschreibung in Anlage A
- der geforderten Mindestfunktionalitäten gemäß Anlage A

Bewertung der Verhandlungen

Vor der eigentlichen Verhandlung hat der Bieter zunächst einen Fragenkatalog mündlich zu beantworten. Diese Fragen werden entweder zuvor allen Bietern mitgeteilt oder erst vor Ort übermittelt. Die Vergabestelle fertigt über das Ergebnis der Verhandlungsrunden ein Ergebnisprotokoll, das vor Ort von den Parteien unterschrieben wird.

Für die Beantwortung der Fragen können maximal 2000 Leistungspunkte (LP) erzielt werden. Die Bewertungskriterien werden zuvor bekannt gegeben.

Das Ergebnis der mündlichen Befragung fließt in die Gesamtbewertung ein, indem die hier erzielten Leistungspunkte zu den bereits aufgrund der Angebote erhaltenen Leistungspunkte hinzu addiert werden.

Es erfolgt eine Neubewertung gemäß Ziffer 13.

Sofern sich aufgrund der Verhandlung Bewertungskriterien der Anlage A und/oder der Preis ändern, erfolgt ebenfalls eine Neubewertung gemäß Ziffer 13.“

8. Abgabe der ersten Angebote: verbindlich oder unverbindlich (indikativ)

Im Verhandlungsverfahren ist die Abfrage von initialen Vertragsangeboten als verbindlichen oder unverbindlichen (indikative) Angeboten möglich. Dies ermittelt sich durch Auslegung des für das Verhandlungsverfahren beachtlichen Art. 30 Abs. 2 Vergabekoordinierungsrichtlinie der EU´ (VKR).

> *"In den in Absatz 1 genannten Fällen verhandelt der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern über die von diesen unterbreiteten Angebote, um sie entsprechend den in der Bekanntmachung, den Verdingungsunterlagen und etwaigen zusätzlichen Unterlagen angegebenen Anforderungen anzupassen und das beste Angebot im Sinne von Artikel 53 Absatz 1 zu ermitteln."*

Art 30, Abs. 2 VKR fordert also eine Verhandlung über von den Unternehmen unterbreitete „Angebote“ („Der Auftraggeber verhandelt“). Diese „Angebote“ können den Ausgangspunkt weiterer Verhandlungsgespräche bilden. Soweit sie im zivilrechtlichen Sinne hinreichend bestimmt sind, ist auch die Zuschlagserteilung auf einen solchen Vertragsvorschlag denkbar (siehe hierzu unten unter Ziffer 9). Ein Anspruch auf Nachverhandlung besteht nicht, wenn der Auftraggeber das Angebot in zulässiger Weise angenommen hat. Dies gilt erst Recht, wenn der Auftraggeber die Verfahrensteilnehmer ausdrücklich zur Abgabe eines abschließenden Angebots auffordert („last call“ oder “Best and Final Offer (BAFO”). Diese abschließenden Angebote sind grundsätzlich nicht mehr nachverhandelbar, es sei denn, gewichtige Gründe sprechen für eine Lösung der Selbstbindung des Auftraggebers. Dann muss aber mit allen Verfahrensteilnehmern erneut verhandelt werden. Ein gewichtiger Grund liegt etwa in einer vom Vergabevorschlag des Auftraggebers abweichenden Auffassung einer Aufsichtsbehörde. Nach einer getroffenen und den Verfahrensteilnehmern mitgeteilten Zuschlagsentscheidung sind infolge des weiter gefestigten Vertrauens der Verfahrensteilnehmer verschärfte Anforderungen an eine Durchbrechung der Selbstbindung zu stellen. Nur wenn besondere, außergewöhnliche Umstände vorliegen, ist die Möglichkeit erneuter Verhandlungen eröffnet

9. Pflicht zur Verhandlung?

Werden die Verfahrensteilnehmer ausdrücklich zur Abgabe indikativer (unverbindlicher Angebote) aufgefordert, ist es dem Auftraggeber verwehrt, eines der Angebote ohne weitere Verhandlung anzunehmen. Fehlen hingegen gegenteilige Äußerungen des Auftraggebers, müssen die Verfahrensteilnehmer auch im Verhandlungsverfahren damit rechnen, dass ein abgegebenes Angebot ohne weitere Verhandlungen angenommen wird Es besteht aber Uneinigkeit darüber, ob eine solche Annahme des Angebotes ohne Verhandlung zulässig ist und eine vergaberechtliche Verpflichtung der Vergabestelle zur Aufnahme von Verhandlungen besteht.

So führt das OLG Naumburg in seinem Beschluss vom 12.04.2012, Az. 2 Verg 1/12 aus:

> *"Ein Verhandlungsverfahren ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass in seinem Verlauf (interaktive) Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter über die Inhalte der Leistungen des künftigen Auftragnehmers, über die Vertragsbedingungen und auch über die Höhe und Zahlungsmodalitäten der durch den Auftraggeber zu zahlenden Vergütung nicht nur zulässig, sondern erforderlich sind, um den Vertragsinhalt, den der Auftraggeber nicht bereits in den Ausschreibungsunterlagen in allen Einzelheiten festschreiben konnte oder wollte, sukzessive zu fixieren (vgl. nur Kulartz in: Kulartz/ Marx/ Portz/ Prieß, VOL/A, a.a.O., § 3 EG Rn. 42). Ein Verhandlungsverfahren ohne Verhandlungen mit den Bietern „über die von diesen unterbreiteten Angebote, um sie ... anzupassen und das beste Angebot i.S. von Art. 53 Abs. 1 VKR zu ermitteln" (so ausdrücklich Art. 30 Abs. 2 VKR, ähnlich § 101 Abs. 5 GWB), ist kein Verhandlungsverfahren. Mit anderen Worten: Wählt der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren als Vergabeart aus, so dürfen die Bieter davon ausgehen, dass es zumindest eine Verhandlungsrunde gibt (vgl. dazu ausführlich VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 14.10.2011, 1 VK 51/11 und 53/11). Diese Besonderheit des Verfahrens führt auch dazu, dass sich der Begriff des Angebots im Verhandlungsverfahren von demjenigen des Angebots im offenen oder nicht offenen Verfahren unterscheidet: Das Angebot ist nicht allein durch den Inhalt der ursprünglichen, oft schriftlich einzureichenden Erklärung des Bieters bestimmt, sondern wird dynamisch entwickelt und in den – oft mündlichen – Verhandlungsrunden aus- und umgestaltet. Es darf abgeändert werden (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 16.01.2002, 13 Verg 1/02 „Hochleistungsrechner"; OLG Naumburg, Beschluss v. 13.10.2008, 1 Verg 10/08 „Bordcomputer ÖPNV"; vgl. auch Ganske in: Reidt/ Stickler/ Glahs, VergabeR, 3. Aufl. 2010, § 101 Rn. 34, 37 m.w.N.). Zwar ist der Auftraggeber berechtigt, in der Vergabebekanntmachung, in den Vergabeunterlagen oder in etwaigen zusätzlichen Unterlagen spezielle Regeln für den Ablauf seines Verhandlungsverfahrens aufzustellen, und zwar sowohl inhaltlicher Natur, z.B.. in Gestalt der Vorgabe eines Mindestinhalts des (ersten) schriftlichen Angebots, der Definition von Ausschlusskriterien oder der Festlegung der Unverhandelbarkeit der Auftragsbedingungen, als auch formeller Natur, so durch Bestimmung von Formanforderungen und Ausschlussfristen, durch Beschränkung der Zahl der Verhandlungsrunden oder durch Ankündigung eines sukzessiven Ausscheidens von Bietern nach jeder Verhandlungsrunde. Hiervon hat der Antragsgegner im vorliegenden Verhandlungsverfahren auch Gebrauch gemacht. Die Ausschreibungsbedingungen des Antragsgegners sind jedoch – entgegen der Auffassung der Vergabekammer – nicht dahin auszulegen, dass den Bietern eine selbstständige, nicht durch eine ausdrückliche Aufforderung des Antragsgegners initiierte Angebotsänderung vollständig untersagt worden ist."*

Etwas andere sehen das wiederum das OLG Naumburg im Beschluss v. 13.5.2008 – 1 Verg 3/08 und die

Vergabekammer des Bundes im Beschluss v. 29.7.2008 – VK 1 – 81/08. Offen gelassen wurde die Frage vom OLG Düsseldorf im Beschluss v. 5.7.2006 – Verg 21/06.

Einigkeit besteht wohl dahin gehend, dass die Annahme des Angebotes ohne Verhandlung möglich ist, wenn es verbindlich und die Möglichkeit der unmittelbaren Annahme in den Vergabebedingungen vermerkt ist. (So OLG Düsseldorf in obigen , Beschluss vom 5. Juli 2006 •, und OLG Brandenburg in seinem Beschluss vom 20. September 2011 • Az. Verg W 11/11).

Das OLG Düsseldorf führt hierzu aus:

> *"Der öffentliche Auftraggeber kann die zum vorangegangenen offenen Verfahren eingegangen Angebote als die (ersten) zum nachfolgenden Verhandlungsverfahren eingereichten Angebote behandeln, sofern er den Bietern diese Absicht vor Abgabe eines im Verhandlungsverfahren anzubringenden und eine erste Verhandlungsrunde eröffnenden Angebots unzweideutig bekannt gibt. Dem Erfordernis der Transparenz ist in diesem Fall genügt. Das Verhandlungsverfahren kennt nicht die Formenstrenge des offenen Verfahrens (und auch noch des nicht offenen Verfahrens). Die Verfahrensgestaltung unterliegt keinen besonderen formalen Anforderungen, sondern ist im Wesentlichen nur den materiellen Prinzipien des Vergaberechts unterworfen. In diesen Grenzen kann der öffentliche Auftraggeber, der nach Aufhebung des vorangegangenen Vergabeverfahrens den unverändert fortbestehenden Leistungsbedarf in einem Verhandlungsverfahren decken will, frei entscheiden, ob er sich in diesem Verfahren die vervollständigten, preislich aber unveränderten Angebote formal nochmals unterbreiten lässt und erst in einem weiteren Verfahrensschritt über eventuelle Preisnachlässe verhandelt oder ob er auf diesen ersten Schritt im Interesse der Effizienz und Beschleunigung des Verfahrens verzichtet. Das Vergaberecht errichtet - wenn nur die Gebote des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz vom öffentlichen Auftraggeber beachtet werden - vor einer solcherart raschen und effizienten Auftragsvergabe keine verfahrensmäßigen Hürden. Auch Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG verbietet nicht, den materiellen Inhalt der Angebote aus dem aufgehobenen Verfahren im anschließenden Verhandlungsverfahren gelten zu lassen und sogleich über den Inhalt zu verhandeln. Der Bieter muss wissen, ob er ausnahmsweise auch mit einem Zuschlag auf das Erstangebot ohne vorherige Verhandlungen rechnen muss."*

10. Durchführung der Verhandlungsrunde

10.1 Präsentationen, Prüfungsgespräche und Aufklärungsgespräche

Vor der eigentlichen Verhandlung können ein Prüfungsgespräch und eine Präsentation durchgeführt werden.

Die Bieter erhalten hier die Gelegenheit, Lösungsmöglichkeiten darzustellen und leistungsbezogene Prüfungsaufgaben zu lösen. Hierfür erhalten Sie weitere Leistungspunkte, die Kriterien, Bewertungspunkte und Gewichtungen für die Bewertung dieser Leistung müssen dem Bieter vor der ersten Verhandlung aber noch nicht mit den Vergabeunterlagen mitgeteilt werden.

Achtung:

Es ist dabei streng darauf zu achten, dass die an die Bieter gestellten Fragen keine Fragen zur Eignung des Bieters darstellen. Die Eignung der Bieter ist alleine im Teilnahmewettbewerb zu bewerten und darf nicht mehr bei der Bewertung der Leistung des Bieters erneut berücksichtigt werden. Die Gerichte vertreten nach wie vor fast unisono die Auffassung, dass der Fehler der Vermischung von Eignungs- und Zuschlagsentscheidungen für die Bieter nicht erkennbar sei. So geht aus mehreren Entscheidungen der Jahre 2009 bis 2012 hervor, dass die Gerichte vom Bieter keine vertieften Kenntnisse des Vergaberechts verlangen und der Meinung sind, dass eine Vermischung von Eignungs- und Leistungskriterien nur für Vergaberechtsprofis erkennbar seien und daher vom Bieter nicht erkannt werden können. Eine Rüge nach § 107 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB, die sich auf eine Vermischung von Eignungs- und Bewertungsfristen bezieht, präkludiert also nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist.

Die in der Prüfung erzielten Punkte werden auf die für das bereits vorliegende Angebot erteilten Punkte aufaddiert und nach der in den Vergabebestimmungen mitgeteilten Methoden für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes berücksichtigt.

Auch können in den der Verhandlung vorgelagerten Gesprächen Fragen der Vergabestelle zu unverständlichen oder missverständlichen Passagen aus den jeweiligen Angeboten erfolgen. Auch hier führen die jeweiligen Antworten eventuell zur Neubewertung der bereits vorliegenden Angebote nach der dem Bieter mitgeteilten Methode.

10.2 Verhandlungszeit

Entsprechend der Agenda und den zeitlichen Vorgaben wird mit jedem Bieter ein Verhandlungsgespräch durchgeführt. Die zeitlichen Vorgaben aus der Agenda sind als Orientierungswerte zu verstehen, von denen je nach Verhandlungsbedarf abgewichen werden kann. Dies ist jedoch im Vorfeld anzukündigen. Grund für die unterschiedlichen Verhandlungszeiträume kann der unterschiedliche Klärungsbedarf pro Verhandlungsteilnehmer sein. Hierin liegt für sich genommen kein Gleichbehandlungsverstoß, denn wesentlich Ungleiches wird auch ungleich behandelt. (Zu diesem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes EuGH, Urteil v. 3.3.2005 – C-21/03.) Will sich die Vergabestelle aber nicht angreifbar machen, beraumt sie alle Verhandlungsgespräche gleichlang an.

10.3 Protokollierung der Verhandlung

Das Verhandlungsgespräch ist bezüglich des Ablaufs und der Ergebnisse für die Vergabeakte zu dokumentieren (Protokollierung). Es sollte eine Teilnehmerliste erstellt werden, in der sich jeder Teilnehmer einträgt und unterzeichnet. Die Protokollierung erfolgt regelmäßig für die Vergabeakte. Die Vergabestelle ist somit nicht verpflichtet, das Protokoll an die Bieter zu verteilen. Schafft sie es aber, dass Protokoll direkt nach Abschluss der Verhandlung fertig gestellt und ausgedruckt vorliegen zu haben, ist es aus Transparenzgründen anzuraten, dann auch die Teilnehmer aufzufordern, das Protokoll gleich zu unterschreiben. In diesem Fall sollte das jeweilige Ergebnis laut vorgelesen und die Zustimmung des Bieters eingeholt werden. Ein derartiges Ergebnisprotokoll muss auch an den jeweiligen Bieter verteilt werden.

Während der Durchführung von Verhandlungsgesprächen ist in besonderem Maße auf die Wahrung der Gleichbehandlung zu achten. Dies betrifft insbesondere Fragen von Bietern und die Antworten darauf. Sofern beispielsweise in einem Verhandlungsgespräch einem Bieter weitergehende Informationen zum Leistungsgegenstand mitgeteilt werden, sind diese im Nachhinein aus Gründen der Gleichbehandlung auch allen anderen Bietern schriftlich mitzuteilen.

Am Ende einer Verhandlungsrunde werden dem Bieter regelmäßig Informationen zum Verfahrensstand und ein Ausblick auf das weitere Vorgehen mitgeteilt. Bei den Informationen zum Verfahrensstand wird meist nur ein allgemeiner und unbestimmter Hinweis zur Einordnung des Angebotes im Preis- und Leistungsgefüge gegeben. Konkrete Informationen zur Rangfolge des Angebotes werden dabei regelmäßig nicht mitgeteilt, um den Wettbewerb der Bieter nicht zu beeinträchtigen. Sofern Bieter Hinweise zum Verfahrensstand erhalten, ist streng auf die Gleichbehandlung der Bieter hinsichtlich des Informationsgehalts zu achten.

11. Nachbereitung der Verhandlungsrunde

Als Nachbereitung muss regelmäßig eine Auswertung und Umsetzung der Verhandlungsergebnisse erfolgen. Etwaiger Aufklärungsbedarf sowie Verhandlungsergebnisse werden abschließend zusammengetragen. Dies führt gegebenenfalls zu einer Anpassung und Ergänzung der Listen zu Aufklärungspunkten und Verhandlungsthemen.

Weiterhin erfolgt eine Auswertung der Erörterungen zu Verhandlungsvorschlägen und ggf. eine (positive oder negative) Entscheidung darüber.

Soweit die Verhandlungsergebnisse dies bedingen, erfolgt eine Anpassung der Vergabeunterlagen, also insbesondere der Leistungsbeschreibung oder des Vertrags. Dies kann durch das Verfassen ergänzender Unterlagen oder (besser) durch die Erzeugung von neuen Fassungen von bereits vorhandenen Dokumenten erfolgen. Die so angepassten Unterlagen sind allen noch im Verfahren befindlichen Bietern zu übermitteln.
Schließlich erfolgt entweder eine nicht förmliche Aufforderung zur Überarbeitung von Angebotsteilen als Grundlage zur Fortsetzung der Verhandlungsgespräche oder die förmliche schriftliche Aufforderung zur erneuten Angebotsabgabe bzw. Angebotsergänzung. Dabei sind alle ergänzenden Informationen mit

zu übersenden (etwaig angepasste Vergabeunterlagen, konsolidierte Listen zu Aufklärungspunkten und Verhandlungsthemen, Stellungnahmen zu Verhandlungsvorschlägen etc.). Es ist sorgfältig zwischen bieterspezifischen und allgemeingültigen Informationen zu differenzieren. Allgemeingültige Verhandlungsergebnisse wie etwa Anpassungen im Inhalt der Leistungsbeschreibung werden allen Bietern mitgeteilt. Im Übrigen enthalten die Angebotsaufforderungen bieterspezifische Hinweise. Aus dem übermittelten Aufforderungsschreiben muss klar hervorgehen, was der Bieter zu tun hat (z.B. förmliche Einreichung eines neuen, vollständigen Angebotes oder Einreichung einer Angebotsergänzung oder informelle Überarbeitung von Angebotsteilen bzw. Beantwortung übersandter Fragen) und wie das weitere Verfahren sich gestaltet (z.B. Durchführung weiterer Verhandlungsrunden, Ankündigung des last calls). Gegebenenfalls sollte von Bietern – neben einer Reinschrift – eine Änderungskennzeichnung des ergänzten Angebotes verlangt werden. Bieter sind weiterhin aufzufordern, Präsentationsinhalte entweder gesondert einzureichen oder diese in das neue Angebot zu überführen (letzteres empfiehlt sich aus Gründen der Konsolidierung).

Eine förmliche schriftliche Angebotsaufforderung zur Einreichung eines Folgeangebotes mit einer Angebotsfrist wird allen noch im Verfahren verbliebenen Bietern übersandt.

Es erfolgt die Beantwortung etwaiger schriftlicher Bieterfragen zur Angebotsaufforderung rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist für das Folgeangebot.

12. Ende der Verhandlung

Nach dem beschriebenen Vorgehen können mehrere Verhandlungsrunden durchgeführt werden. Je nach Verhandlungsstand können weitere Folgeangebote zur schrittweisen Angebotskonkretisierung eingefordert werden. Dies muss aber nicht nach jeder Verhandlungsrunde geschehen.

Wenn alle Verhandlungsthemen behandelt wurden und zuschlagsreife Angebote erwartet werden können, erfolgt eine letzte schriftliche Angebotsaufforderung als so genannter last call mit einer Angebotsfrist zur Einreichung des Schlussangebotes (BAFO).

13. Fazit:

Wird ein Verhandlungsverfahren sorgfältig vorbereitet, gut protokolliert und straff geführt, ist es das probate Verfahren, um verwertbare Angebote für komplexe IT-Dienstleistungen zu erhalten. Zur guten Vorbereitung und Führung gehören eine ausgefeilte, zumindest funktionale Leistungsbeschreibung, ein Preisblatt, das für die Vergleichbarkeit aller Preise sorgt und ein Vertrag, der die zu beschaffende Leistung bereits so weit wie möglich rechtlich festlegt.

Liegen diese Voraussetzungen aber nicht vor, kann so ein Verhandlungsverfahren am Ende zu nicht mehr vergleichbaren Angeboten führen und eine für die Vergabestelle und die Bieter unzumutbar lange Zeit in Anspruch nehmen oder sogar am Ende scheitern.

Autor:
RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff
Rechtsanwältin

Copyright © | **IT-Recht Kanzlei München** | Alter Messeplatz 2 | 80339 München | **Tel.** + 49 (0)89 13014330 | **Fax** +49 (0)89 130143360