

Vorschlag der BAGFW zu § 12 Abs. 4 UVgO-E Verhandlungsvergabe

§ 12 Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb

(1) Der Auftraggeber kann eine Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb durchführen. Bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Auftraggeber mehrere, grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen auf. § 10 Absatz 1 und 2 sowie § 11 Absatz 2 gelten entsprechend.

(2) Wird kein Teilnahmewettbewerb durchgeführt, soll der Auftraggeber zwischen den Unternehmen, die zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden, wechseln.

(3) Im Falle einer Verhandlungsvergabe nach § 8 Absatz 4 Nummer 10 bis 14 darf auch nur ein Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes oder zur Teilnahme an Verhandlungen aufgefordert werden. Dies gilt auch für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen, die nach einer verbindlichen Gebühren- oder Honorarordnung abgerechnet werden.

(4) Es darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. **In den Fällen des § 8 Abs. 4 Nr. 1 bis 4 und 7 darf über alle Aspekte des Auftrags mit Ausnahme der Zuschlagskriterien verhandelt werden.** Der Auftraggeber kann den Zuschlag, auch ohne zuvor verhandelt zu haben, unter Beachtung der Grundsätze nach § 2 Absatz 1 und 2 auf ein Angebot erteilen, wenn er sich dies bei der Aufforderung zur Abgabe des Angebots vorbehalten hat und die Bindefrist für den Bieter noch nicht abgelaufen ist.

Alternative:

Es darf **entweder** über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen **oder über alle Aspekte des Auftrags verhandelt werden. Die Zuschlagskriterien sind in jedem Fall von den Verhandlungen ausgenommen.** Der Auftraggeber kann den Zuschlag, auch ohne zuvor verhandelt zu haben, unter Beachtung der Grundsätze nach § 2 Absatz 1 und 2 auf ein Angebot erteilen, wenn er sich dies bei der Aufforderung zur Abgabe des Angebots vorbehalten hat und die Bindefrist für den Bieter noch nicht abgelaufen ist.

(5) Der Auftraggeber stellt sicher, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleich behandelt werden. Insbesondere enthält er sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Er unterrichtet alle Bieter über etwaige Änderungen der Leistungsbeschreibung, insbesondere der technischen Anforderungen oder anderer Bestandteile der Vergabeunterlagen. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines an den Verhandlungen teilnehmenden Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Bieter, mit denen verhandelt wird, weitergeben. Eine solche Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.

(6) Beabsichtigt der Auftraggeber, nach geführten Verhandlungen diese abzuschließen, so unterrichtet er die Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung der Schlussangebote, über die nicht mehr verhandelt werden darf, fest.

Begründung

I. Verhandlungsvergabe: neue Verfahrensart im Unterschwellenbereich

Die Verhandlungsvergabe nach Maßgabe der §§ 8 Abs. 4 und 12 UVgO-E soll im Unterschwellenbereich die freihändige Vergabe gem. § 3 Abs. 3 VOL/A ablösen. Verhandlungsgegenstand der freihändigen Vergabe sind die „Auftragsbedingungen“. Die inhaltliche aber auch verfahrensmäßige Annäherung der freihändigen Vergabe an das Verhandlungsverfahren für den Oberschwellenbereich beruht auf dem Wortlaut von § 3 Abs. 1 S. 3: im Gegensatz zur Vorgängerfassung von 2006 ist in der VOL/A 2009 der ausdrückliche Hinweis auf die Formlosigkeit des Verfahrens entfallen¹.

Allerdings gehen die in § 8 Abs. 4 vorgesehenen Anwendungsfälle der Verhandlungsvergabe über die des Unterschwellenverhandlungsverfahrens deutlich hinaus. § 8 Abs. 4 zählt zudem auch solche Fallgruppen auf, die im Oberschwellenbereich dem wettbewerblichen Dialog zugeordnet sind oder bislang in der künftig entfallenden VOF geregelt waren (s. Auflistung im Anhang).

Nach § 8 Abs. 4 UVgO-E stellt sich die neue Vergabeart als ein Sammelverfahren für alle die wichtigsten Fälle dar, in denen Verhandlungen sinnvoll erscheinen und bündelt diese in einer gemeinsamen Regelung. Gemeinsames Element der dort erfassten Fallgruppen ist es, dass der Auftraggeber eine effiziente und wirtschaftliche Beschaffung nur unter Einbeziehung der Bieter und ihres Knowhows erreicht. Eine solche Bündelung erscheint sowohl im Hinblick auf die Zielsetzung einer effizienten und übersichtlichen Regelung als auch im Hinblick auf eine effiziente Verfahrensregie sinnvoll.

Allerdings muss auch ein solch vereinfachter Regelungsrahmen den Unterschieden der jeweiligen Verhandlungssituationen Rechnung tragen. Ein vereinheitlichendes Verfahren erweist sich nur insoweit als sachdienlich, als es den Auftraggebern innerhalb des gemeinsamen Rahmens an den inhaltlich entscheidenden Punkten den jeweils benötigten Verhandlungsspielraum verschafft. Eine praxistaugliche Regelung muss sachgerechte Differenzierungen zulassen. Das Gleichschalten von grundlegend Unterschiedlichem schafft keine Vereinfachung sondern vermeidbare Fehlerquellen.

II. Reichweite möglicher Verhandlungen im Rahmen der Modell-Vergabearten Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog

Die sachlich angemessene Berücksichtigung der unterschiedlichen Verhandlungskonstellationen findet sich bereits in der RL 2014/24/EU (Vergaberichtlinie, i. F. VRL), die jenseits der Beschaffung von Standardprodukten bei konzeptionellen Leistungen differenzierte Verhandlungsbedarfe der Auftraggeber anerkennt (EG 42 und 43). Die §§ 17 und 18 VgV nehmen diese Grundidee auf und gestalten die Verfahrensarten auf der Grundlage der EU-rechtlichen Vorgaben aus.

Entsprechend liegt der wesentliche Unterschied zwischen den in Art. 29 und 30 VRL bzw. §§ 17 und 18 VgV geregelten Verfahren im jeweiligen Verhandlungsgegenstand. Während in Art. 30 Abs. 3/§ 18 Abs. 5 der Auftragsgegenstand das Thema der Verhandlung ist, sind beim Verhandlungsverfahren die Mindestanforderungen, die jedes Angebot erfüllen muss, ausdrücklich von der Verhandlung ausgenommen (entsprechend bestätigt durch die Begründung zu § 17 Abs. 10 BT Drs. 18/7318, S. 176 f.). Dies bedeutet im Umkehrschluss: bevor ein Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren beginnt muss er – wie beim Offenen und dem Nichtoffenen Verfahren – wissen, was er beschaffen möchte und dies jedenfalls auch mittels einer funktionalen Leistungsbeschreibung darlegen können. Die Möglichkeit, die von den Bietern eingereichten Angebote zu konkretisieren und an die Bedürfnisse des Auftraggebers anzupassen verlangt, dass der Auftraggeber diese Bedürfnisse in hinreichend aussagekräftigen Mindestanforderungen beschreiben kann. Kann er das nicht, ist die Beschaffung letztlich nicht ausschreibungsreif. In einer solchen Lage ist auch das Verhandlungsverfahren kein

¹ Völlink in Ziekow/Völlink zu § 3 VOL/A Rn. 5, Pünder in Schellenberg/Pünder zu § 3 VOL/A Rn. 4

Instrument, um Unsicherheiten über den vom Auftraggeber zu beschreibenden Bedarf auszugleichen oder Fehleinschätzungen bei der Beschreibung der Leistung nachträglich zu korrigieren. Hat der Auftraggeber die Mindestanforderungen in einer Weise beschrieben, die an seinem eigentlichen Bedarf vorbeigeht, muss er dies soweit möglich im Wege von Bietermitteilungen korrigieren. Wenn die Fehleinschätzungen zu grundlegend sind, kann das auch zur Aufhebung der Vergabe führen. In jedem Fall verlängert dies das Verfahren und verursacht entsprechenden Mehraufwand.

Die Vergabeverfahrensart, die es dem Auftraggeber erlaubt, Unsicherheiten bei der Beschreibung des Auftragsgegenstandes durch Einschalten der Bieter zu kompensieren, ist der sog. wettbewerbliche Dialog. „Der wettbewerbliche Dialog hat sich in Fällen als nützlich erwiesen, in denen öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Diese Situation kann insbesondere bei innovativen Projekten, bei der Realisierung großer, integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder großer Computer-Netzwerke oder bei Projekten mit einer komplexen, strukturierten Finanzierung eintreten“ (EG 42 zu VRL). Bei diesem Verfahren braucht der Auftraggeber keine endgültige Leistungsbeschreibung mit Mindestanforderungen vorzulegen. Es reicht aus, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung zu beschreiben. Im Rahmen des Dialogs kann der Auftraggeber dann mit den (ggf. über einen Teilnahmewettbewerb ausgewählten) Bietern alle Aspekte des Auftrags; auf diese Weise ermittelt und legt er fest, wie seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können.

Wie beim Verhandlungsverfahren schließt auch das Dialogverfahren mit einem endgültigen, auf der Grundlage des Dialogs erstellten Angebot, über das dann nicht mehr verhandelt werden darf. Es kommt mithin gerade nicht zu einer zeitaufwändigen Verdopplung von Verhandlungsrunden. Vielmehr ist der Auftraggeber in beiden Verfahrensarten gefordert, die Verhandlungen rechtzeitig und effizient so zu strukturieren, dass dieses nach möglichst wenigen Verhandlungsrunden zum Ergebnis kommt.

Als Alternative zur Einbeziehung des Bieterknowhows in die Ermittlung und Feststellung der Nachfrage kennt das Vergaberecht auch die Beteiligung ausgewählter Projektanten an der Vorbereitung der Vergabe. Allerdings ist auch diese unter dem Gesichtspunkt der Transparenz und Chancengleichheit nicht unproblematisch. § 5 UVgO-E verlangt auch in diesem Fall einen besonderen Interessensausgleich, der sicherstellt, dass der Wissensvorsprung der Projektanten vor den Konkurrenten angemessen ausgeglichen wird. Ob dieser Weg zur Herbeiführung der Ausschreibungsreife weniger aufwändig, wirtschaftlicher und wettbewerbsförderlicher ist, steht dahin. So können sowohl Auswahl der einzelnen Projektanten als auch deren Beiträge zur Leistungsbeschreibung zu vorschnellen Festlegungen bei der Leistungsbeschreibung führen. Diese wiederum würden die Auswahl der geeigneten und wirtschaftlichen Lösungsansätze unnötig einschränken.

III. Konsequenzen für die sachdienliche Gestaltung der Verhandlungsvergabe

Wie dargelegt umfasst die Aufzählung der Fallgruppen, in denen die Verhandlungsvergabe in Betracht kommt, eindeutig auch Fälle, die im Oberschwellenbereich dem wettbewerblichen Dialog zugeordnet werden. § 8 Abs. 4 UVgO-E erkennt damit offenbar an, dass die Auftraggeber in diesem Fall einen Verhandlungsbedarf haben und mit einer einseitig von ihnen gesteuerten Beschaffung keine verwertbaren Ergebnisse erzielen könnten.

Allerdings stellt sich die Frage, weshalb § 12 Abs. VGV den Gegenstand der Gespräche einengt und gerade die Punkte von der Verhandlung ausnimmt, zu denen eigentlich Gesprächsbedarf besteht. Es erscheint widersprüchlich, mit § 8 Abs. 4 Nr. 1 bis 4 und 7 Fallgruppen zu benennen, in denen der Auftragsgegenstand unklar ist, dann aber gerade die Inhalte des Auftrags von der Verhandlung auszunehmen.

Nimmt man die Rahmenbedingungen der Verhandlungsvergabe und deren wörtliche Übereinstimmung mit denen des Verhandlungsverfahrens oberhalb des Schwellenwertes ernst², greift § 12 Abs. 4 UVgO-E deutlich zu kurz. Er überträgt Verfahrensregelungen auf Fallkonstellationen, für die diese nicht zugeschnitten sind. Damit stellt die Regelung den sinnvollen Ablauf und letztlich auch wirtschaftliche Beschaffungen in Frage.

Insofern greift das aus EG 43 VRL entwickelte Argument nicht, dass ein Dialogverfahren unterhalb des Schwellenwertes unangemessen aufwändig ist. Die Auswahl der entsprechenden Fallgruppen in § 8 Abs. 4 Nr. 1 bis 4 und 7 UVgO-E zeigt, dass der Diskussionsentwurf Verhandlungen offenbar für geeignet und erforderlich erachtet. Verhandlungen sind aber nur dann sinnvoll, wenn sie auch die neuralgischen Punkte ansprechen und klären können. Eine Verfahrensregelung, die genau diese Fragestellungen ausdrücklich für nicht verhandelbar erklärt, erweist sich hingegen als ungeeignet und damit als eigentlich unangemessen.

IV. Abhilfe

Um vor diesem Hintergrund eine angemessen effiziente Verfahrensgestaltung zu ermöglichen schlägt die BAGFW vor, in Abs. 4 alternativ entweder die Angebote oder den Auftrag zur Verhandlung freizugeben.

Eine solche alternative Gestaltung vermeidet eine für den Unterschwellenbereich unangemessene Übertragung sämtlicher Oberschwellenvergabearten und fügt sich in die Konzeption der § 8 Abs. 4 und § 12 als Sammelverfahren mit Verhandlungselementen ein.

Sie rundet die Möglichkeit ab, außerhalb der Standardbeschaffungen eine sinnvolle Klärung der für den Auftraggeber offenen Fragen herbei zu führen. Die Annahme, dass der Unterschwellenbereich ausschließlich von Standardbeschaffungen geprägt ist, ist schon deshalb für Dienstleistungen außerhalb des Anhang XIV VRL nicht haltbar, weil die UVgO-E auch auf die Regelungen freiberuflicher Leistungen zugeschnitten sein soll. Sowohl der Bereich sozialer Dienstleistungen als auch der Bereich freiberuflicher Leistungen, die ebenfalls nach der UVgO-E vergeben werden sollen – widerlegt diese Prämisse. Die von EG 114 VRL beschriebenen Rahmenbedingungen der Dienstleistungen führen schon wegen der in Art 76 Abs. 2 VRL beschriebenen Rahmenbedingungen der Dienstleistungen dazu, dass in diesem Bereich standardisierte Dienstleistungen eher die Ausnahme sind. Insofern ist auch das von der Bundesagentur verwaltete Massengeschäft nicht aussagekräftig. Nicht nur schreibt auch die Bundesagentur kleine, ortsbezogene und in diesem Fall oft auch sehr individuell zuzuschneidende Dienstleistungen aus. Die Eröffnung von Dialogverfahren erweist sich insbesondere für die Arbeitsbereiche von Kommunen als hilfreich und erforderlich, die außerhalb des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses im Rahmen von Stadtteilprojekten freiwillige Leistungen ausschreiben. Hier kann ein Dialogverfahren Kommunen effektiv darin unterstützen, sozialarbeiterische Projekte, für die es keinerlei Standardisierung gibt, fachlich sinnvoll und vergaberechtlich korrekt auszuschreiben. Gerade in diesen Fällen geht es weniger um die Umsetzung von Angeboten im Rahmen von Mindestbedingungen sondern darum, diese Mindestbedingungen ausschreibungsreif zu beschreiben.

21. Oktober 2016

² § 12 Abs. 4: „Es darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien“

§ 17 Abs. 10: „Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien“)

Anhang:

Tatbestände der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 8 Abs. 4 UVgO

(4) Der öffentliche Auftraggeber kann Aufträge **im Wege der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb** vergeben, wenn

	Parallelvorschriften und Vorgängerregelungen
1. der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst,	VgV § 14 Abs. 3 Nr. 2 (Wettbewerblicher Dialog)
2. 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,	VgV § 14 Abs. 3 Nr. 3 (Wettbewerblicher Dialog)
3. 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,	VgV § 14 Abs. 3 Nr. 4 (Wettbewerblicher Dialog)
4. die Leistung im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit ¹ erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten wird,	VOF § 3 dort grundsätzlich Verhandlungsverfahren vorgesehen und in Abs. 3 auch Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
5. im Rahmen einer Öffentlichen Ausschreibung oder einer Beschränkten Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb keine zuschlagsfähigen Angebote eingereicht wurden, so fern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden,	VgV § 14 Abs. 4 Nr. 1
6. die Leistung aufgrund von Umständen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, besonders dringlich ist und die Gründe für die besondere Dringlichkeit nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzurechnen sind,	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. g
7. die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können,	VgV § 14 Abs. 3 Nr. 1 (Wettbewerblicher Dialog)
8. es sich um die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zur Erfüllung wissenschaftlich-technischer Fachaufgaben auf dem Gebiet von Forschung, Entwicklung und Untersuchung handelt, die nicht der Aufrechterhaltung des allgemeinen Dienstbetriebs und der Infrastruktur einer Dienststelle des Auftraggebers dienen,	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. c
9. eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb für den Auftraggeber oder die Bieter und Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichten	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. b

Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde,	
10. die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann,	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. l
11. es sich um eine auf einer Warenbörse notierte und erwerbbar Lieferleistung handelt,	VgV § 14 Abs. 4 Nr. 6
12. zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers beschafft werden sollen, a) die zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen bestimmt sind, b) bei denen ein Wechsel des Unternehmens dazu führen würde, dass der Auftraggeber eine Leistung mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und c) bei denen dieser Wechsel eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde,	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. e
13. eine vorteilhafte Gelegenheit zu einer wirtschaftlicheren Beschaffung führt, als dies bei Durchführung einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung der Fall wäre,	wieder eingeführt
14. es aus Gründen der Geheimhaltung erforderlich ist,	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. f
15. der öffentliche Auftrag ausschließlich vergeben werden soll a) an Werkstätten für Menschen mit Behinderungen, b) an Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, oder c) an Justizvollzugsanstalten, oder	VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. j Neu VOL/A § 3 Abs. 5 Buchst. k
16. dies durch Ausführungsbestimmungen eines Bundes- oder Landesministeriums bis zu einem bestimmten Höchstwert (Wertgrenze) zugelassen ist.	Öffnungsklausel für Landesrecht