

mittlung und die Ausarbeitung einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung zu kaschieren, wird sich daher vielfach die Durchführung eines nicht-offenen Verfahrens empfehlen, wenn sich nicht der zusätzliche Aufwand der Durchführung von Verhandlungen aus dem Auftragsgegenstand selbst heraus rechtfertigt.⁴

III. Das nichtoffene Verfahren

Beim nichtoffenen Verfahren handelt es sich um ein förmliches Vergabeverfahren. Es zeichnet sich dadurch aus, dass der Angebotseinreichung ein sogenannter Teilnahmewettbewerb stets zwingend vorzuschalten ist. Aufgrund einer europaweiten Vergabebekanntmachung müssen sich am Auftrag interessierte Unternehmen zunächst darum bewerben, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden. Es handelt sich damit um ein zweistufiges Verfahren, welches sich in die beiden Verfahrensschritte Teilnahmewettbewerb und anschließende Angebotseinreichung untergliedert. Die Vergabeunterlagen werden lediglich an diejenigen Unternehmen versandt, die einen Teilnahmeantrag gestellt haben, ihre Eignung wie vorgesehen nachweisen konnten und gegebenenfalls nach entsprechender Auswahl unter den geeigneten Bewerbern auch zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.⁵

1. Teilnahmewettbewerb

Der Teilnahmewettbewerb wird durch eine europaweite Vergabebekanntmachung gemäß § 18 eingeleitet. Hierdurch soll einem unbestimmt großen Kreis an Interessenten die Möglichkeit gegeben werden, sich um die Beteiligung an dem Vergabeverfahren zu bewerben. Jedes am Auftrag interessierte Unternehmen ist berechtigt, einen Teilnahmeantrag zu stellen.⁶ Es handelt sich hierbei um Bewerbungen auf Verfahrensteilnahme, weshalb in dieser Phase von Bewerbern gesprochen wird. Bieter sind erst diejenigen Unternehmen, die auch tatsächlich zur Angebotsabgabe im nächsten Verfahrensschritt aufgefordert werden. Bei dem Teilnahmewettbewerb handelt es sich im Rechtssinn bereits um eine Etappe des (einheitlichen) Vergabeverfahrens, bei welchem die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an die ausgewählten Unternehmen versandt wird.⁷ Der Teilnahmewettbewerb ist beim nichtoffenen Verfahren Bestandteil des förmlichen Vergabeverfahrens.⁸ Zur Angebotsabgabe dürfen nur Unternehmen aufgefordert werden, die sich erfolgreich im Teilnahmewettbewerb qualifiziert haben. Ein Wechsel in der Person des Bewerbers bzw. Bieters ist aus Gründen der Verfahrenstransparenz und zur Wahrung der Gleichbehandlung der teilnehmenden Unternehmen unzulässig.⁹

Die Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs muss die in § 18 angeführten Mindestinhalte aufweisen. Hierzu gehört insbesondere die Angabe, welche Anforderungen an den Nachweis der Eignung an die Interessenten gestellt werden, da die Unternehmen auf Grundlage der Vergabebekanntmachung erkennen können müssen, ob eine Bewerbung für sie aussichtsreich wäre (siehe §§ 18 Abs. 3 Nr. 1,

⁴ Vgl. Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 461.

⁵ Siehe nur Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 958 ff.

⁶ Siehe nur Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 958.

⁷ Siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.9.2002, Verg 48/02.

⁸ OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2002, Verg W 9/02.

⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.10.2008, 15 Verg 9/08.

22 Abs. 1). Die geforderten Angaben und Unterlagen zum Nachweis der Eignung müssen dabei durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sein. Anhand der mit dem Teilnahmeantrag fristgerecht eingereichten Teilnahmeunterlagen ist dann grundsätzlich die Eignung des jeweiligen Bewerbers durch den Auftraggeber zu prüfen. Allerdings besteht gemäß § 22 Abs. 6 auch die Möglichkeit für die Auftraggeber, unvollständige Teilnahmeunterlagen innerhalb einer Nachfrist noch anzufordern. Ein unvollständiger Teilnahmeantrag führt damit nicht mehr zwingend dazu, dass die Bewerbung von vornherein erfolglos sein müsste. Die Nachforderung steht allerdings im Ermessen des Auftraggebers. Macht der Auftraggeber hiervon keinen Gebrauch oder werden die nachgeforderten Unterlagen nicht fristgerecht vorgelegt, ist der Bewerber zwingend auszuschließen.

8 Sinn und Zweck des Teilnahmewettbewerbs ist die vorgezogene auftragsbezogene Eignungsprüfung.¹⁰ Soweit ein Auftraggeber hierzu nichts anderes bestimmt, sind alle Unternehmen, die im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs ihre Eignung wie gefordert nachweisen konnten, zur Angebotsabgabe aufzufordern. Ein Auftraggeber kann aber auch die Zahl der aufzufordernden Bewerber begrenzen, also eine Auswahl unter den geeigneten Unternehmen treffen. Ist ein solches Vorgehen beabsichtigt, sind bereits in der Vergabebekanntmachung die vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Anforderungen für die Bewerberauswahl sowie auch die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl der zur Aufforderung vorgesehenen Bewerber anzugeben, wie § 21 Abs. 3 vorgibt. Schon aus Gründen der Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der Wertungsentscheidung und im Interesse der Gleichbehandlung der teilnehmenden Unternehmen müssen die für die Wertung der Teilnahmeanträge maßgeblichen Kriterien den Bietern mitgeteilt werden.¹¹ Welche Auswahlkriterien ein Auftraggeber aufstellt, steht in seinem Ermessen. Er ist aber jedenfalls an die bekannt gegebenen Kriterien gebunden, von denen er im Nachhinein nicht abweichen darf.¹²

9 Die Mindestzahl der aufzufordernden Bewerber darf nicht niedriger als drei sein. Konnten Unternehmen in ausreichender Zahl ihre Eignung nachweisen, wird das Verfahren dann mit der Anzahl von Bewerbern fortgeführt, die der festgelegten Mindestzahl entspricht. Konnten nur weniger Unternehmen ihre Eignung nachweisen, liegt es im Ermessen des Auftraggebers, ob er das Verfahren fortführt. Ist er der Auffassung, dass die Anzahl der geeigneten Bewerber einen echten Wettbewerb nicht gewährleistet, kann er das Verfahren aussetzen und eine neue Bekanntmachung eines Teilnahmewettbewerbs veröffentlichen oder das Verfahren einstellen und ein neues einleiten (§ 21 Abs. 3 Nr. 2).

10 Will der Auftraggeber eine Auswahl aus dem Pool der geeigneten Bewerber treffen, hat er sie danach vorzunehmen, welche Unternehmen besonders geeignet sind. Der diesbezügliche Auswahlmaßstab wird dabei durch die zwingend mitzuteilenden Auswahlkriterien eingeschränkt. Die Auswahlentscheidung ist – ebenso wie die Eignungsprüfung als solche – einer vergaberechtlichen Nachprüfung auf Beurteilungsfehler zugänglich. Berücksichtigt ein Auftraggeber andere als die mitgeteilten Auswahlkriterien oder stützt er seine Auswahl auf falsche oder nur unzureichend ermittelte Tatsachenannahmen, kann von Konkurrenten zumindest die Wiederholung der Auswahlentscheidung bzw. Eignungsprüfung durchgesetzt werden.¹³ Es ist daher, wie auch in § 21 Abs. 3 vorgesehen, eine objektive Aus-

¹⁰ OLG Koblenz, Beschl. v. 4.10.2010, 1 Verg 9/10.

¹¹ VK Bund, Beschl. v. 24.6.2011, VK 1-63/11.

¹² VK Nordbayern, Beschl. v. 3.5.2011, 21. VK-3194-07/11.

¹³ Siehe Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 963.

wahlentscheidung zu treffen, deren Begründung in der Vergabeakte nachvollziehbarer zu dokumentieren ist.

Die Prüfung der Eignung erfolgt grundsätzlich vollständig und abschließend bereits im Teilnahmewettbewerb. Wurde ein Bewerber als geeignet befunden und zur Angebotsabgabe aufgefordert, ist ein Auftraggeber hieran gebunden. Er kann sich daher später bei der Wertung des Angebots nicht mehr darauf berufen, dass dem Betroffenen angeblich die Eignung fehle.¹⁴ Nur wenn sich nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs neue Erkenntnisse ergeben, die zu einer anderen Einschätzung der Eignung führen, ist ein Wiedereinstieg in die Eignungsprüfung möglich.¹⁵ Ferner ist dann, wenn die Eignung von Anfang an beurteilungsfehlerhaft bejaht wurde, eine Verfahrenskorrektur auch nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs noch möglich und sogar zwingend.¹⁶ 11

2. Angebotseinreichung

Mit Abschluss des Teilnahmewettbewerbs werden die geeigneten – bzw. von den geeigneten die ausgewählten – Bewerber durch Übersendung der Vergabeunterlagen aufgefordert, ein Angebot einzureichen. Die im nichtoffenen Verfahren eingereichten Angebote sind nicht verhandlungsfähig, wie § 11 Abs. 2 klarstellt. Zulässig sind allein Aufklärungen, die aber nicht zu einer Änderung des Angebotes führen dürfen. Sonst würde der Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber anderen Bietern verletzt. Einem nicht zuschlagsfähigen Angebot kann grundsätzlich nicht unter dem Deckmantel der Aufklärung zur Zuschlagsfähigkeit verholfen werden.¹⁷ Eine zulässige Aufklärung darf ein öffentlicher Auftraggeber nur nutzen, um Zweifel über die Angebote der Bieter zu beheben.¹⁸ Nach Ablauf der Angebotsfrist ist eine Änderung eines Angebots ausgeschlossen; eine solche könnte auch nicht einvernehmlich im Wege eines Aufklärungsgesprächs erfolgen.¹⁹ Die Angebote müssen im Übrigen insbesondere den Anforderungen gem. §§ 31 ff. entsprechen.²⁰ 12

IV. Das Verhandlungsverfahren

Das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb stellt neben dem nichtoffenen Verfahren bei der Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ein Regelverfahren dar. Lediglich das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen gem. § 12 zulässig. 13

1. Rahmenbedingungen

Anders als das nichtoffene Verfahren handelt es sich bei dem Verhandlungsverfahren um ein weitestgehend formloses Verfahren. Während das nichtoffene Ver- 14

¹⁴ Siehe grundlegend bereits BGH, BB 1998, 2180.

¹⁵ Siehe etwa OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.7.2004, 11 Verg 6/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.5.2003, Verg 16/03; VK Nordbayern, Beschl. v. 12.6.2012, 21. VK-3194-10/12.

¹⁶ Siehe VK Saarland, Beschluss vom 28.10.2010, 1 VK 12/2010.

¹⁷ Siehe OLG München, Beschl. v. 2.9.2010, Verg 17/10.

¹⁸ VK Lüneburg, Beschl. v. 15.12.2009, VgK-63/2009.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2012, Verg 61/11.

²⁰ Hierzu näher bei den jeweiligen Vorschriften.

fahren formstreng dadurch geprägt ist, dass die eingereichten Angebote nicht mehr verhandelbar sind, kann beim Verhandlungsverfahren mit den Bietern über die Einzelheiten des Auftrags und auch der Angebote noch verhandelt werden. Sinn und Zweck des Verhandlungsverfahrens ist gerade, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu eröffnen, mit den Bietern über deren Angebote und die Vertragspreise zu verhandeln, um ggf. auch durch Anpassung und Fortschreibung der bereits abgegebenen Angebote das nach den Vergabeunterlagen wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.²¹ Interaktive Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter über die Inhalte der Leistungen, die Vertragsbedingungen, aber auch über die Höhe und die Zahlungsmodalitäten sind im Verhandlungsverfahren nicht nur zulässig, sondern erforderlich, um den Vertragsinhalt festzuschreiben.²² Da Inhalt und Gegenstand der Verhandlungen mit den einzelnen Bietern vertraulich zu behandeln sind, wird dem Verhandlungsverfahren wegen der Gefahr der Manipulation eine Einschränkung des Wettbewerbs nachgesagt. Der Gegenstand der Verhandlungen ist für die Bieter vielfach nicht antizipierbar. Auch die Gleichbehandlung der Bieter ist im Verhandlungsverfahren stärker gefährdet.²³

15 Diesen Risiken sollte daher durch eine entsprechende vorherige Strukturierung des Ablaufs des Verhandlungsverfahrens und dessen Bekanntmachung an die Bieter vorgebeugt werden. Hierdurch lassen sich nicht nur Wettbewerbsbeeinträchtigungen vermeiden. Ein transparent durchgeführtes Verhandlungsverfahren ist auch grundsätzlich weniger rügefällig. Zwar wird das Verhandlungsverfahren gerade wegen seiner Flexibilität vielfach von öffentlichen Auftraggebern als primär angestrebte Vergabeverfahrensart angesehen.²⁴ Auch das Verhandlungsverfahren unterliegt aber insbesondere den zentralen vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs,²⁵ sodass für eine Auftragsvergabe nach Gutdünken wie bei „echten“ Privaten kein Raum ist. Aus dem Gleichbehandlungsgebot folgt etwa, dass ein Auftraggeber allen Bietern auch im Verhandlungsverfahren die gleichen Informationen zukommen lassen muss und ihnen die Chance zu geben hat, ggf. innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Bedingungen überarbeitete Angebote abzugeben.²⁶ Überdies kann ein Auftraggeber nicht auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen, um Defizite in der Verfahrensvorbereitung und insbesondere bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu überwinden. Auch im Verhandlungsverfahren ist der Grundsatz der eindeutigen und vollständigen Leistungsbeschreibung gem. § 15 Abs. 2 zu beachten. Die Einleitung des Verfahrens setzt damit Vergabereife voraus, sodass es unzulässig wäre, ein Verhandlungsverfahren mit dem Ziel durchzuführen, erst in Gesprächen mit den Bietern den beim Auftraggeber bestehenden Beschaffungsbedarf zu klären. Ein solches Vorgehen würde die allein beim Auftraggeber liegende Bedarfsermittlung unzulässig den Bietern übertragen und letztlich auch auf eine unzulässige Markterkundung hinauslaufen (s. Rn. 46 ff. zu § 10 Abs. 4).²⁷

16 Ob und in welchem Umfang in einem Verhandlungsverfahren zuschlagsfähige Angebote von den Bietern vorzulegen sind, obliegt der Verfahrensgestaltung

²¹ BGH, Urt. v. 10.9.2009, VII ZR 255/08.

²² OLG Naumburg, Beschl. v. 12.4.2012, 2 Verg 1/12.

²³ Siehe Leinemann, die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 453.

²⁴ Siehe Ingenstau/Korbion-Müller-Wrede, § 101 GWB, Rn. 1.

²⁵ BGH, Urt. v. 10.9.2009, VII ZR 255/08.

²⁶ Siehe OLG Celle, Beschl. v. 16.1.2002, 13 Verg 1/02; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.7.2006, Verg 21/06.

²⁷ Leinemann, die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 461 m. w. N.

durch den Auftraggeber. Die Auftraggeber sind berechtigt, in der Vergabebekanntmachung oder auch den weiteren Vergabeunterlagen spezielle Regeln für den Ablauf des Verhandlungsverfahrens aufzustellen. Diese können sowohl inhaltlicher Natur sein, also etwa Vorgaben zu Mindestinhalten der ersten Angebote betreffen. Auch formelle Anforderungen, wie etwa die Bestimmung von Formerfordernissen und Ausschlussfristen, sind zulässig.²⁸ So kann ein Auftraggeber etwa auch, um das Risiko von Angebotsausschlüssen zu minimieren, vorgeben, dass die Bieter zunächst nur sog. indikative Angebote einzureichen haben, die dann im weiteren Laufe des Verfahrens zu präzisieren und zur Zuschlagsreife fortzuentwickeln sind. Verlangt ein Auftraggeber aber von Anfang an zuschlagsfähige Angebote, ist es regelmäßig auch im Verhandlungsverfahren nicht möglich, fehlerhafte Angebote durch Verhandlung noch zu heilen und ihnen zur Wertungsfähigkeit zu verhelfen. Eine weitere Wertung muss vielmehr auch in einem Verhandlungsverfahren unterbleiben, wenn ein abgegebenes Angebot gegen zwingende Vorgaben der Ausschreibung verstößt.²⁹

Im Verhandlungsverfahren werden die eingegangenen Angebote einem dynamischen Prozess unterworfen, indem sie durch Verhandlungen noch abgeändert werden können.³⁰ Eine Grenze für die Verhandlungsmöglichkeit wird allerdings dann erreicht, wenn letztlich eine andere Leistung als ursprünglich angekündigt beschafft werden würde.³¹ Verhandlungen und Änderungen am Auftragsgegenstand sind deshalb nur zulässig, solange die Identität des ausgeschriebenen Vorhabens aufrechterhalten bleibt und kein „*Aliud*“ beschafft wird. Auch im Verhandlungsverfahren sind daher Modifikationen ausgeschlossen, durch die der Wesenskern der Ausschreibung geändert wird, es also zu einer Auswechslung des Leistungsgegenstands kommt.³² In diesen Grenzen wird vielfach im Verhandlungsverfahren der Leistungsgegenstand nicht bereits vorab in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben sein. Dies geschieht oft erst im Laufe des Verhandlungsverfahrens, indem auch die Bieter ihr Know-how und Fachwissen einbringen.³³ Das Verhandlungsverfahren ist dadurch charakterisiert, dass die Leistungsbeschreibung nicht bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben ist und die Angebote abgeändert werden dürfen, nachdem sie abgegeben worden sind.³⁴ So ist es öffentlichen Auftraggebern im Verhandlungsverfahren gerade zugestehen, dass sich ihre ursprünglichen Vorstellungen im Verlaufe des Verfahrens noch ändern oder präziser benannt werden.³⁵ Der Vertrag wird dann am Ende mit demjenigen Unternehmen geschlossen, dessen Angebot nach den abschließenden Verhandlungsrunden im Hinblick auf die bekannt gemachten Wertungskriterien als wirtschaftlichstes bewertet wird.³⁶

Sowohl aus Sinn und Zweck als auch aus der Namensgebung folgt dabei, dass öffentliche Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren grundsätzlich verpflicht-

²⁸ OLG Naumburg, Beschl. v. 12.4.2012, 2 Verg 1/12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.1.2002, Verg 36/01; OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.12.2005, 11 Verg 13/05.

²⁹ Siehe BayObLG, NZBau 2000, 259, 261; Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 461 m. w. N.

³⁰ OLG Celle, VergabeR 2002, 299, 301.

³¹ OLG Dresden, Beschl. v. 3.12.2003, WVerf 15/03.

³² OLG München, Beschl. v. 28.4.2006, Verg 6/06.

³³ Vgl. OLG Celle, VergabeR 2002, 299, 301.

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.8.2011, Verg 16/11.

³⁵ Siehe OLG Naumburg, Beschl. v. 12.4.2012, 2 Verg 1/12.

³⁶ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 455.

tet sind, wenigstens eine Verhandlungsrunde mit den Bietern durchzuführen.³⁷ Ein Verhandlungsverfahren ohne Verhandlungen stellt kein Verhandlungsverfahren dar. Wählt der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren als Vergabeart aus, so dürfen die Bieter daher davon ausgehen, dass es zumindest eine Verhandlungsrunde gibt.³⁸ Allerdings wird von Verhandlungen dann abgesehen werden können, wenn ein Auftraggeber die Bieter ausdrücklich darauf hinweist, dass bereits die ersten Angebote zuschlagsfähig sein müssen und die Durchführung von Verhandlungen lediglich unter Vorbehalt angekündigt wird. Fehlt ein solcher Hinweis, ist wenigstens eine Verhandlungsrunde durchzuführen, da die Bieter in der Regel berechtigterweise erwarten, dass Verhandlungen auch tatsächlich durchgeführt werden, was regelmäßig bei der Erstellung eines Angebots und insbesondere auch bei der Preisbildung Berücksichtigung findet. Unterbleiben jegliche Verhandlungen über die Angebote, stellt dies einen vergaberechtlichen Rechtsverstoß dar. Gleichwohl kann sich ein Bieter hierauf nicht im Sinne einer subjektiven Rechtsverletzung berufen, wenn sein Angebot chancenlos gewesen ist und er den Auftrag unter keinen Umständen hätte erlangen können. In einem solchen Fall wäre es sinnlos, dem Auftraggeber zur Aufnahme von Verhandlungen zu verpflichten.³⁹

2. Verfahrensstrukturierung (Abs. 3)

19 Es ist zulässig und vielfach zu empfehlen, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abzuwickeln, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der mitgeteilten Zuschlagskriterien zu verringern, wie Abs. 3 klarstellt. Soll entsprechend verfahren werden, ist dies bereits in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben, damit sich die Bieter hierauf einstellen können. Erfolgt eine solche Mitteilung nicht, sind alle Bieter, die ein den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot eingereicht haben, in die Verhandlung bis zur Zuschlagsentscheidung miteinzubeziehen.⁴⁰ Daraus, dass der Auftraggeber mit den Bietern über die von diesem unterbreiteten Angebote verhandelt, ergibt sich, dass das Verhandlungsverfahren ohnehin in der Regel wenigstens zweistufig angelegt ist. Nach Sichtung und Wertung der ersten Angebote schließt sich zumindest eine Verhandlungsrunde als zweite Stufe an, was die Möglichkeit zur Änderung der eingereichten Angebote eröffnet.⁴¹

20 Die Vorgabe, dass ein Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen abgewickelt werden kann, um so die Verhandlungsteilnehmer zu reduzieren, spiegelt wider, dass es grundsätzlich zwei Verhandlungsstrategien im Verhandlungsverfahren gibt. Wird die Anzahl der Angebote, über die verhandelt wird, nicht im Rahmen der Verhandlungen reduziert, spricht man von der sog. parallelen Strategie, bei welcher eine Vergabestelle mit mehreren Bietern bis zur Vergabeentscheidung die Verhandlungen führt. Hierdurch wird der Wettbewerbsdruck auf die Verhandlungsteilnehmer bis zur Zuschlagsentscheidung vollständig aufrechterhalten, da jedenfalls nach außen hin keinerlei Vorauswahl getrof-

³⁷ Siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.2.2009, Verg 6/09; eingehend auch Ebert, Möglichkeiten und Grenzen in Verhandlungsverfahren, S. 132 ff.

³⁸ OLG Naumburg, Beschl. v. 12.4.2012, 2 Verg 1/12.

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.2.2009, Verg 6/09.

⁴⁰ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 456.

⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.8.2011, Verg 16/11.

fen wird. Hiervon zu unterscheiden ist die sog. lineare Verhandlungsstrategie, bei welcher am Ende nur noch ein Unternehmen, der sog. *preferred bidder*, übrig bleibt, dessen Angebot bis zur Zuschlagsreife endverhandelt wird.⁴² In einem gestuften Verhandlungsverfahren werden regelmäßig die lineare und die parallele Strategie miteinander verflochten. Dies bedeutet, dass die Anzahl der Verhandlungsteilnehmer in Abhängigkeit von der Rangfolge der Angebote sukzessive reduziert wird. Ein solches Verfahren ist insbesondere geboten, um sowohl für die Bieter- als auch die Auftraggeberseite den mit einem Verhandlungsverfahren verbundenen Aufwand in einem angemessenen Rahmen zu halten. Erfolgt keinerlei Hinweis darauf, dass das Verhandlungsverfahren in aufeinanderfolgenden Phasen mit einer Reduktion der Angebote anhand der mitgeteilten Zuschlagskriterien abgewickelt werden wird, sind nämlich auch die von vornherein nach den Zuschlagskriterien nicht für eine Beauftragung in Betracht kommenden Angebote weiterzuverhandeln. Insbesondere bei komplexeren Vorhaben bietet es sich daher an, lediglich die ersten Verhandlungsrunden parallel zu führen, um dann den Bieterkreis anhand der mitgeteilten Zuschlagskriterien zu verringern. Soweit ein Bieter dieser engeren Wahl aus dem Verfahren ausscheidet, kann auf den nächstplatzierten, bis dahin nicht weiter berücksichtigten Bieter als Reservekandidat zurückgegriffen werden.⁴³

Fordert der Auftraggeber zur Einreichung optimierter Angebote auf und macht ein Bieter hiervon Gebrauch, so erlischt durch die Abgabe des neuen Angebots das vorhergegangene, auf welches in der Folge dann nicht mehr zurückgegriffen werden kann, wenn es nicht erneut zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht wird. Im Rahmen eines vergaberechtlichen Verhandlungsverfahrens gibt es grundsätzlich immer nur ein einziges Angebot eines Bieters, das im Laufe des Verfahrens modifiziert und aktualisiert oder aber auch ausdrücklich unverändert aufrechterhalten bleibt. Mit der Abgabe des modifizierten Angebots bringt ein Bieter grundsätzlich zum Ausdruck, dass er das ursprüngliche Angebot nur noch in der modifizierten aktuellsten Fassung gegen sich gelten lassen möchte.⁴⁴

Auch bei einer sukzessiven Verkleinerung des an dem Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieterkreises ist darauf zu achten, dass in der Schlussphase des Verfahrens noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, wie Abs. 3 a. E. klarstellt. Hieraus folgt indes nicht, dass auch in der Endphase der Verhandlungen noch mit mehreren Bietern zu verhandeln und die Auswahl eines *preferred bidder* vergaberechtlich unzulässig wäre. Ein echter Wettbewerb lässt sich auch bei einem solchen Vorgehen dadurch aufrechterhalten, dass die Bieter, deren Angebote in der Schlussphase nicht weiterverhandelt werden, hierauf hingewiesen werden und als Reservebieter weiter zur Verfügung stehen, falls die Verhandlungen mit dem Bestbieter nicht zu einem wirtschaftlichen Abschluss führen sollten. Eine Verpflichtung, dass immer mit drei Bietern zu verhandeln wäre, besteht nicht.⁴⁵ Es ist lediglich ein echter Wettbewerb zu gewährleisten.⁴⁶ Hierzu bestätigt auch die Rechtsprechung des EuGH, dass dann, wenn die wirtschaftlichen und technischen Anforderungen für ein Vergabeverfah-

⁴² Eingehend hierzu Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, S. 132 ff.

⁴³ Siehe Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 457.

⁴⁴ OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.2.2012, Verg W 1/12.

⁴⁵ Siehe OLG Frankfurt, VergabeR 2001, 299, 302.

⁴⁶ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 456.

ren ordnungsgemäß festgelegt und gehandhabt wurden, ein echter Wettbewerb auch dann gewährleistet sein kann, wenn weniger als drei Bewerber die Hürde der Eignungsprüfung bestehen.⁴⁷ Parallel hierzu reicht es ferner in der Verhandlungsphase aus, wenn ein potenzieller Wettbewerb gegeben ist, ohne dass in der Endphase im Rahmen der linearen Strategie stets noch mit mehr als nur einem Bieter zu verhandeln wäre. Im Rahmen der Verfahrensgestaltung ist es im Übrigen zulässig, dass ein Auftraggeber den Bietern etwa Fristen zur Überarbeitung ihrer Angebote setzt.⁴⁸ Hierbei ist auf einen chancengleichen Wettbewerb zu achten, sodass die Fristen für alle teilnehmenden Bieter in gleicher Weise zu gelten haben.

§ 12 Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

- (1) Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ist zulässig
1. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen
 - a) wenn in einem nichtoffenen Verfahren, in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder in einem wettbewerblichen Dialog
 - aa) keine oder keine geeigneten Angebote oder keine Bewerbungen abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden;
 - bb) keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach dem geltenden Vergaberecht oder nach den im Vergabeverfahren zu beachtenden Rechtsvorschriften unannehmbar sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden und wenn alle und nur die Bieter einbezogen werden, die die Eignungskriterien erfüllen und im Verlauf des vorangegangenen Vergabeverfahrens Angebote eingereicht haben, die den formalen Voraussetzungen für das Vergabeverfahren entsprechen;
 - b) wenn die Fristen, auch die verkürzten Fristen gemäß § 20 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 Satz 2, die für das nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind, nicht eingehalten werden können, weil
 - aa) dringliche Gründe im Zusammenhang mit einer Krise es nicht zulassen, oder
 - bb) dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Auftraggeber nicht voraussehen konnten, dies nicht zulassen. Umstände, die die zwingende Dringlichkeit begründen, dürfen nicht dem Verhalten der Auftraggeber zuzuschreiben sein;
 - c) wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten wie zum Beispiel des Patent- oder Urheberrechts nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann;
 - d) wenn es sich um Forschungs- und Entwicklungsleistungen handelt;

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 15.10.2009, Rs. C-138/08.

⁴⁸ Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 5. Aufl., Rn. 459.