

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

286

ALEXIS LEUTHOLD

Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren

Privatrechtliche und
vergaberechtliche Aspekte

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSÜBERSICHT	VII
INHALTSVERZEICHNIS	IX
LITERATURVERZEICHNIS	XVII
AMTLICHE DOKUMENTE	XXXIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXXVII
EINFÜHRUNG	1
ERSTER TEIL	
DIE GRUNDLAGEN	
§ 1 DIE OFFERTVERHANDLUNG	10
A. Der Begriff	10
B. Die Begriffselemente	10
I. Die Verhandlungsgrundlage	10
II. Der Verhandlungsprozess	11
III. Das Verhandlungsergebnis	13
C. Die Abgrenzung von anderen Verhandlungsbegriffen	13
I. Der Verhandlungsbegriff der BRK zum Bundesvergaberecht	13
II. Verhandlungsbegriffe des kantonalen Vergaberechts	14
III. Verhandlungsbegriffe des deutschen Vergaberechts	14
IV. Weitere Verhandlungsbegriffe	16
§ 2 DIE EINORDNUNG DER OFFERTVERHANDLUNG IM BESCHAFFUNGSABLAUF	18
A. Die Vorbereitungsphase	18
B. Die Vergabephase	19
I. Die Offertphase	19
II. Die Evaluationsphase	20
III. Die Abschlussphase	21
C. Die Abwicklungsphase	23
§ 3 VERHANDLUNGSGRÜNDE UND VERHANDLUNGSZIELE	26
A. Verhandlungsgründe	26
I. Das Optimierungspotential der Angebote	26

II.	Schwierigkeit bei der Festsetzung der Auftraggeberparameter	29
III.	Konkretisierungsbedürftige Angebote	34
IV.	Neue Erkenntnisse, nachträglich eingetretene oder vorgängig nicht bedachte Umstände	35
V.	Schwierigkeit bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots	36
VI.	Fehlender Wettbewerb	36
B.	Verhandlungsziele	36
§ 4	DIE RECHTSGRUNDLAGEN DER OFFERTVERHANDLUNGEN	39
A.	Die Offertverhandlungen zwischen Privat- und Vergaberecht	39
I.	Privatrecht	39
1.	Das privatrechtliche Vertragsverhandlungsverhältnis als Kern jeder Beschaffung	39
2.	Die privatrechtliche Verhandlungsfreiheit	41
II.	Vergaberecht	41
1.	Die Ergänzung des privatrechtlichen Vertragsverhandlungsverhältnisses durch das Vergaberecht	41
2.	Die eingeschränkte Verhandlungsfreiheit im öffentlichen Vergabeverfahren	43
B.	Die Offertverhandlungen im Spannungsfeld der vergaberechtlichen Prinzipien	44
I.	Wirtschaftlichkeit	44
II.	Gleichbehandlung und Transparenz	47
1.	Gleichbehandlung	47
2.	Transparenz	49
3.	Vermeidung von Ungleichbehandlung durch Transparenz	50
III.	Wettbewerb	51
IV.	Vertraulichkeit	54
V.	Wirksamer Rechtsschutz	55
C.	Die vergaberechtlichen Verhandlungsregeln	57
I.	Vorbemerkung: Die Regelungsparameter	57
II.	Das Staatsvertragsrecht	61
III.	Das Landesrecht	64
1.	Beschaffungen des Bundes	64
2.	Beschaffungen der Kantone	66

ZWEITER TEIL**DIE VERHANDLUNGSREGELN**

§ 5	DIE OFFERTVERHANDLUNGEN IN DER EVALUATIONSPHASE	70
A.	Die Vorbereitung von Offertverhandlungen	70
I.	Die Planung der Offertverhandlungen in der Vorbereitungsphase	70
II.	Die Berücksichtigung der Offertverhandlungen bei der Offertöffnung	71
III.	Ausschlussprüfung, Bereinigung und provisorische Evaluation	73
1.	Die Ausschlussprüfung	73
2.	Die Bereinigung	76
a)	Die verwaltungsinterne Bereinigung	76
b)	Die Bereinigungsverhandlungen	76
aa)	Die Formvorschriften	77
bb)	Die Angebotsaufklärung	78
cc)	Die Nachbesserung	79
dd)	Die Berichtigung	81
3.	Die provisorische Evaluation	85
IV.	Die Verhandlungsvoraussetzungen	86
1.	Beschaffungen auf Bundesebene	86
2.	Beschaffungen der Kantone	88
V.	Das Ermessen betreffend die Durchführung von Offertverhandlungen	89
VI.	Der Kreis der Verhandlungsteilnehmer	93
1.	Überblick	93
2.	Die Teilnehmerselektion vor der ersten Verhandlungsrunde	94
3.	Form und Rechtswirkung der Ablehnung	101
4.	Die Informationspflicht aus Treu und Glauben	102
VII.	Die Einladung zu den Offertverhandlungen	105
B.	Die Durchführung von Offertverhandlungen	106
I.	Der Verhandlungsgegenstand	106
1.	Überblick	106
2.	Die Anbieterparameter als Verhandlungsgegenstand	107
a)	Allgemeines	107
b)	Beschaffungen des Bundes	107
c)	Beschaffungen der Kantone	109
3.	Die Auftraggeberparameter als Verhandlungsgegenstand	112
a)	Überblick	112
b)	Erster Gedankenschritt: Änderung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen	113
aa)	Die Stabilität der Ausschreibung und das Bedürfnis nach Flexibilität	113
bb)	Die Zulässigkeit nachträglicher Änderungen der Auftraggeberparameter	115
cc)	Die Änderungsregeln	119
c)	Zweiter Gedankenschritt: Änderung der Angebote	124

II.	Die Festlegung des Verhandlungsgegenstandes	127
1.	Überblick	127
2.	Die Festlegung durch die Beschaffungsstelle	127
3.	Die Vorschläge der Anbieter	129
III.	Das Verbot zur Weitergabe von Offertinhalten	134
1.	Überblick	134
2.	Der vergaberechtliche Schutz durch den Vertraulichkeitsgrundsatz	135
a)	Auf Bundesebene	135
b)	Auf kantonaler Ebene	137
3.	Der vertragsrechtliche Schutz	138
4.	Der urheberrechtliche Schutz	139
a)	Überblick	139
b)	Die Offertunterlagen als Werk	140
c)	Das ausschliessliche Recht des Anbieters an seinen urheberrechtlich geschützten Offertunterlagen	141
d)	Die Übertragung von Urheberrechten an Offertunterlagen	141
5.	Der lauterkeitsrechtliche Schutz	142
a)	Allgemeines und Überblick	142
b)	Die direkte Vorlagenausbeutung (Art. 5 lit. a UWG)	143
c)	Die indirekte Vorlagenausbeutung (Art. 5 lit. b UWG)	145
d)	Die Generalklausel (Art. 2 UWG)	146
IV.	Die Verhandlungsform	146
1.	Allgemeines und Überblick	146
2.	Die mündlichen Verhandlungen	147
a)	Allgemeines	147
b)	Die Dokumentationspflicht	148
c)	Die physische Anwesenheit der Verhandlungspartner	151
d)	Die Schriftlichkeit der endgültigen Angebote	152
3.	Die schriftlichen Verhandlungen	153
4.	Die elektronische Auktion	154
V.	Die Informationspflichten	154
1.	Umfassende Information	154
2.	Rechtzeitige Information	156
3.	Schriftliche Information	158
VI.	Die neuen Angebote	158
1.	Überblick	158
2.	Terminologische Vorbemerkung	159
3.	Die Einladung zur Abgabe der neuen Angebote	160
a)	Die Beschaffungsstelle als einladende Partei	160
b)	Die Einladung zur Abgabe endgültiger Angebote	162
c)	Die Einladung zur Abgabe vorläufiger Angebote	163
4.	Die Abgabe der neuen Angebote	164
a)	Die Abgabe der endgültigen Angebote	164
aa)	Ausgangslage: Abgeschlossenes Verhandlungsverfahren	164
bb)	Die Anforderungen an die endgültigen Angebote	165

b)	Die Abgabe der vorläufigen Angebote	168
aa)	Ausgangslage: Weitere Verhandlungsrunden	168
bb)	Die Anforderungen an die vorläufigen Angebote	169
cc)	Erhöhte Anforderungen an die vorläufigen Angebote	170
5.	Die Bindungswirkung der Angebote	172
a)	Zur Bindungswirkung im Allgemeinen	172
b)	Zur Bindungswirkung der ursprünglichen Angebote	173
c)	Zur Bindungswirkung der neuen Angebote	174
C.	Die Nachbereitung von Offertverhandlungen	176
I.	Überblick	176
II.	Die Öffnung der neuen Angebote	176
1.	Die Öffnung der endgültigen Angebote	177
2.	Die Öffnung der vorläufigen Angebote	178
III.	Ausschlussprüfung, Bereinigung und Evaluation der neuen Angebote	179
1.	Die Behandlung der endgültigen Angebote	179
2.	Die Behandlung der vorläufigen Angebote	180
IV.	Die Einleitung des nächstfolgenden Verfahrensschrittes	180
1.	Die Erteilung des Zuschlags	181
2.	Die Durchführung einer weiteren Verhandlungsrunde	181
a)	Allgemeines	181
b)	Die Verhandlungspartner der weiteren Verhandlungsrunden	182
aa)	Die Beschränkung des Kreises der Verhandlungspartner	183
bb)	Der erneute Einbezug von ausgeschlossenen Verhandlungsteilnehmern	185
3.	Der Abbruch des Vergabeverfahrens	186
§ 6	DIE OFFERTVERHANDLUNGEN IN DER ABSCHLUSSPHASE	188
A.	Überblick	188
B.	Vergaberechtlicher Idealfall und praxisnaher Kompromiss	188
C.	Die Vorbereitung der Offertverhandlungen	191
D.	Die Durchführung der Offertverhandlungen	192
I.	Der Verhandlungsgegenstand	192
II.	Transparenz und Vertraulichkeit	195
1.	Transparenz	195
2.	Vertraulichkeit	197
III.	Angebot und Annahme	199
E.	Die Nachbereitung der Offertverhandlungen	201
F.	Exkurs: Die Offertverhandlungen nach dem Widerruf des Zuschlags	202
I.	Ausgangslage und Überblick	202
II.	Die Offertverhandlungen unter Aufrechterhaltung des laufenden Vergabeverfahrens	203

III.	Die freihändige Vergabe nach dem Verfahrensabbruch	204
§ 7	DIE OFFERTVERHANDLUNGEN IN BESONDEREN VERGABEVERFAHREN	206
A.	Die Offertverhandlungen im Freihandverfahren	206
I.	Das Wesen und der Anwendungsbereich des Freihandverfahrens	206
II.	Die Verhandlungsfreiheit im Freihandverfahren	207
1.	Voraussetzungs- und formloses Verhandeln	207
2.	Die freie Wahl des Verhandlungsgegenstandes	208
3.	Die Freiheit in Bezug auf die Wahl der Verhandlungspartner	208
4.	Die Freiheit in Bezug auf die Partierollenverteilung	210
III.	Die Grenzen der Verhandlungsfreiheit im Freihandverfahren	210
B.	Die elektronische Auktion	213
I.	Die elektronische Auktion als besondere Verhandlungsform	213
II.	Zur Zulässigkeit der elektronischen Auktion	214
1.	Nach geltendem Recht	214
2.	Zur Zulässigkeit de lege ferenda	217
III.	Die Verhandlungsregeln bei elektronischen Auktionen (Besonderheiten)	217
1.	Die Vorbereitung der elektronischen Auktionen	218
2.	Die Durchführung der elektronischen Auktionen	219
3.	Die Nachbereitung der elektronischen Auktionen	221
C.	Die Offertverhandlungen in Wettbewerbsverfahren	221
I.	Der Begriff des Wettbewerbsverfahrens und die rechtliche Einordnung in das Vertrags- und Vergaberecht	222
II.	Die Offertverhandlungen in der Phase zwischen der Wettbewerbsausschreibung und der Wettbewerbsanmeldung	228
III.	Die Offertverhandlungen zwischen der Einreichung der Offerten und der Auswahl des Vertragspartners für den Folgeauftrag	229
IV.	Die Offertverhandlungen zwischen der Auswahl des Vertragspartners und dem Abschluss des Folgeauftrags	230

DRITTER TEIL

DER RECHTSSCHUTZ – AUSGEWÄHLTE ASPEKTE

§ 8	DIE ANFECHTUNGSOBJEKTE	236
A.	Übersicht	236
B.	Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen	236
C.	Die Ablehnung von Anbietern für die Offertverhandlungen	238
D.	Der Widerruf des Zuschlags	240

E. Die Änderungen in der Abschlussphase	240
§ 9 DIE BESCHWERDELEGITIMATION	245
A. Allgemeine Legitimationsvoraussetzungen	245
B. Drei Fallbeispiele	246
I. Fallbeispiel 1 (schwerer Verfahrensmangel)	247
II. Fallbeispiel 2 (inhaltlicher Mangel)	248
III. Fallbeispiel 3 (leichter Verfahrensmangel)	250
§ 10 DER BESCHWERDEENTSCHEID	254
A. Überblick	254
B. Die Rückweisung an die Vorinstanz	255
C. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit	257
AUSBLICK	261