

Expertenbeitrag:  
Verfahrenswahl

# Verhandlungsverfahren setzt vorheriges Scheitern voraus



**Holger Schröder,**  
Fachanwalt für Vergaberecht, Rödl  
und Partner, Nürnberg

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb steht öffentlichen Auftraggebern nur unter ganz bestimmten Ausnahmefällen zur Verfügung. Fraglich ist dabei, ob ein solches Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb stets ein erfolgloses offenes oder nicht offenes Verfahren voraussetzt oder ein gescheitertes Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb genügt.



Im Verhandlungsverfahren wenden sich öffentliche Auftraggeber an ausgewählte Unternehmen, um mit ihnen über die zu beschaffende Leistung zu verhandeln. FOTO: DPA/BERNARDIN BEYERLIN

**NÜRNBERG.** Die Vergabeverordnung (VgV) regelt die Wahl der Verfahrensart einer Ausschreibung. Dabei ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zum Beispiel im Paragraph 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV geregelt. Für die Vergabe von Bauleistungen sieht die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A-EU) in Paragraph 3a Absatz 3 Nummer 1 eine ähnliche Regelung vor.

## Fehlen geeigneter Angebote oder geeigneter Teilnahmearträge

Nach diesen Vorschriften können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben werden, wenn in einem offenen oder einem nicht offenen Verfahren keine oder keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmearträge abgegeben worden sind. Hierbei dürfen die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden.

Ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es ohne Abänderung den in den Vergabeunterlagen genannten

## Vergabeverordnung regelt Wahl der Verfahrensart

Die Vergabeverordnung regelt die Wahl der Verfahrensart. Danach erfolgt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen nach Paragraph 119 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wette-

werblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft.

Dem öffentlichen Auftraggeber stehen regelmäßig das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, nach seiner freien Wahl zur Verfügung.

Bedürfnissen und Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers offensichtlich nicht entsprechen kann.

Ein Teilnahmeartrag wiederum gilt als ungeeignet, wenn das Unternehmen aufgrund eines zwingenden oder fakultativen Ausschlussgrundes nach den Paragraphen 123, 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann oder wenn es die Eignungskriterien nicht erfüllt.

Dem Wortlaut von Paragraph 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV zufolge erfordert ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ein

vorheriges, aber gescheitertes offenes oder nicht offenes Verfahren. Dementsprechend wird auch in der Literatur vertreten, dass bei einem zunächst erfolglos durchgeführten Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb später kein solches ohne Teilnahmewettbewerb, sprich ohne Auftragsbekanntmachung, eingeleitet werden dürfe.

Diese Meinung ist nach Sinn und Zweck der Regelung allerdings nicht überzeugend. Denn der öffentliche Auftraggeber hat mit einem (ausnahmsweise gerechtfertigten) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, ebenso wie bei den Regelverfahren des offenen oder

nicht offenen Verfahrens, eine Ausschreibung durchgeführt, bei der insbesondere ein transparenter Wettbewerb mittels Auftragsbekanntmachung gewährleistet war.

Bei allen Verfahrensarten blieb die Ausschreibung aber ohne Zutun des öffentlichen Auftraggebers erfolglos. Um das gescheiterte Vergabeverfahren nicht nochmals wiederholen zu müssen, soll dem öffentlichen Auftraggeber mit Paragraph 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV die Auftragsvergabe „erleichtert“ werden, indem auf einen weiteren Teilnahmewettbewerb im Verhandlungsverfahren verzichtet werden kann. Dadurch wird in der Regel Zeit, Personal und Geld gespart.

## Wiederholung desselben Verfahrens wäre wenig zielführend

Eine bloße Wiederholung desselben Verfahrens wäre angesichts der vorausgegangenen Erfolglosigkeit wohl wenig zielführend, zumal dem Wettbewerbsgrundsatz schon durch den vorangegangenen Teilnahmewettbewerb genügt wurde.

Der mit einem neuerlichen Teilnahmewettbewerb verbundene Aufwand würde vermutlich zu keinem anderen Ergebnis führen und würde die Beschaffung unnötig zeitlich verzögern.

Es sprechen daher gute Gründe für eine planwidrige Regelungslücke in Paragraph 14 Absatz 4 Nummer 1 VgV. Denn auch der europäische Richtliniengeber hat ausdrücklich erwogen, von einer Auftragsbekanntmachung beziehungsweise von einem Teilnahmewettbewerb absehen zu können, wenn von Anfang an klar ist, dass eine Veröffentlichung nicht zu mehr Wettbewerb oder besseren Beschaffungsergebnissen führen würde.

Ein solcher Fall liegt hier vor. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dürfte also – trotz seines rechtlichen Ausnahmeharakters – entsprechend zulässig sein, wenn zuvor in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb keine oder keine geeigneten Teilnahmearträge abgegeben wurden.

## Kurz notiert

### Kriterien für Ausschreibung von Wasserstoffproduktion

**BERLIN.** Im kommenden Jahr will das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrografie Meeresflächen ohne Netzanschluss für die Wasserstoffproduktion ausschreiben. Die Vergabe der Flächen an Investoren soll nach einem Punktesystem erfolgen, wie ein Referentenentwurf aus dem Bundeswirtschaftsministerium zeigt. (sta)

### Scompler gewinnt Ausschreibung der AOK

**MÜNCHEN.** Das Münchner Softwareunternehmen Scompler hat die Ausschreibung der AOK-Gemeinschaft für eine zentrale Content-Plattform gewonnen. Diese soll künftig sämtliche Inhalte der Gesundheitskasse für die knapp 27 Millionen Versicherten auf Bundes- und Landesebene bereitstellen sowie für die elf regionalen AOKs und den AOK-Bundesverband synchronisieren. Scompler konnte sich in einem europaweiten Verfahren durchsetzen. (sta)

### Arbeitsminister Heil fordert Bundesvergabegesetz

**BERLIN.** Bundesarbeitsminister Hubertus Heil (SPD) hat sich dafür ausgesprochen, die Vergabe öffentlicher Aufträge an bundesweit einheitliche Mindeststandards und nach Möglichkeit auch an die Zahlung von Tariflöhnen in den Firmen zu koppeln. Mit Ausnahme von Bayern und Sachsen existierten in den Bundesländern bereits Vergabegesetze. „Am besten wäre es, wenn wir nicht nur 16 verschiedene Vergabegesetze haben, sondern irgendwann ein Bundesvergabegesetz“, sagte Heil. (sta)

### Sachsen-Anhalt will Vergabe an Tarifbindung knüpfen

**MAGDEBURG.** CDU, SPD und FDP haben zwei Monate nach der Landtagswahl in Sachsen-Anhalt vereinbart, das Vergabegesetz des Landes zu reformieren. Das geht aus dem Entwurf für einen Koalitionsvertrag hervor. Danach soll die Vergabe öffentlicher Aufträge künftig nur an Unternehmen erfolgen, die einem repräsentativen Tarifvertrag unterliegen oder die Bedingungen eines repräsentativen Tarifvertrags erfüllen. Für Unternehmen, die diesen Bedingungen nicht unterliegen, soll ein Vergabemindestlohn greifen. (sta)

## Kauf der Luca-App beschäftigt Oberlandesgericht in Rostock

Wettbewerber: Es hat keine die Notvergabe rechtfertigende Situation vorgelegen

**ROSTOCK.** Als erstes Bundesland hatte Mecklenburg-Vorpommern im März einen Lizenzvertrag für die Luca-App zur Kontaktnachverfolgung bei Corona-Infektionen abgeschlossen. Dagegen war die in Wien ansässige Cube Software- und Hotel-Projektierungs GmbH bei der Vergabekammer des Landes vorgegangen und hatte gegen die Vergabe an Culture4life GmbH und die Entscheidung für den Abschluss eines Luca-Lizenzvertrags Beschwerde eingereicht.

Das Unternehmen hatte die Vergabe mit der Begründung angegriffen, dass vor dem Vertragsschluss mit der Betreiberin der Luca-App ein europaweites Vergabeverfahren hätte stattfinden müssen. Der Staatsanzeiger berichtete darüber (Ausgabe 24).

Nach der entsprechenden und rechtmäßigen Markterkundung durfte das Land davon ausgehen, dass nur das Luca-System alle gestellten Anforderungen erfüllt und diese außerdem sachgerecht und nicht diskriminierend seien. Mit dieser Ansicht bestätigte die Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern die Eilbedürftigkeit der



Fast alle Bundesländer kauften sich Lizenzen für die Luca-App, die das Aufspüren von möglichen Corona-Infizierten erleichtern soll. FOTO: DPA/CHRISTOPH SOEDER

Beschaffung, die eine Vergabe ohne vorheriges europaweites Verfahren erlaubt.

Der Kläger Cube bestreitet dagegen die eilige Situation und klagt vor dem Oberlandesgericht in Rostock. Das Angebot zur Verwendung der Schnittstelle habe vermutlich nur mit Insiderwissen erfolgen können, begründet das Unternehmen sei-

nen Einwand. Zudem habe wegen des Lockdowns auch keine die Notvergabe rechtfertigende eilige Situation vorgelegen.

Nach Informationen des Jugendverlags für juristische Information waren im Juli 13 Bundesländer mit der Luca-App ausgestattet und fünf vergaberechtliche Verfahren zur Vergabe der App anhängig. (leja)

## Ausschreibungen für mobile Geräte zur Luftreinigung an Schulen starten

Im Oberschwellenbereich ist das offene Verfahren rechtlich sicherer

**STUTTGART.** Die Stadt Breisach am Rhein hat aufgrund der Pandemie eine Ausschreibung für mobile Luftreinigungsgeräte für die Schulen und Kernzeitbetreuungen laufen. Die Vergabestelle hat sich für ein offenes Verfahren nach VOL/A entschieden. Mit der Ausschreibung dürfte Breisach unter den kommunalen Schulträgern im Land zu den Vorreitern gehören.

Denn das Land fördert diese bei der Anschaffung von Luftreinigungsgeräten. Durch die Ankündigung des bayerischen Ministerpräsidenten Markus Söder (CSU), zum neuen Schuljahr alle Klassenräume mit mobilen Luftfiltergeräten auszustatten, war auch die Landesregierung in Stuttgart unter Handlungsdruck geraten.

Das Kultusministerium bestätigt auf Anfrage: „Für das aktuelle Programm der Landesregierung, das 60 Millionen Euro zur Förderung von Luftfiltern für schlecht belüftbare Räumlichkeiten vorsieht, wird die Förderrichtlinie abgestimmt. Dabei werden die Kommunalen Landesverbände einbezogen. Über die Umsetzung der Maßnahmen entscheiden Schulträger und Schulleitung

dann gemeinsam.“ Bezüglich der Vergabe von Aufträgen gelten für die Schulträger als Teil der öffentlichen Verwaltung die entsprechenden Vergaberegeln, teilt das Kultusministerium mit.

Bayern hatte bereits in einem Schreiben vom 11. Juli Erleichterungen hinsichtlich der einzuhaltenden Vergabevorschriften erwogen. Danach habe das Ministerium geprüft, ob die starke Ausbreitung der Delta-Variante des Corona-Virus es nicht rechtfertigen würde, bei den Beschaffungen, deren Wert den EU-Schwellenwert von 214.000 Euro (netto) erreicht oder überschreitet, wegen außerordentlicher Dringlichkeit anstelle eines EU-weiten Ausschreibungsverfahrens eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen.

In den Fällen entsprechend hoher Auftragswerte wäre die Beschaffung von Luftfiltern im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne EU-weite Bekanntmachung jedoch mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden, warnt das Ministerium. Sollte in einem konkreten Fall ein solches Verfahren von einem Unternehmen gerügt werden und die Ver-

gabekammer im Nachprüfungsverfahren zu dem Ergebnis kommen, dass die Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht vorliegen, so würde dies dazu führen, dass der entsprechende Liefervertrag von Anfang an unwirksam wäre (Paragraph 135 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Im Ergebnis sei zweifelhaft, ob in einem Nachprüfungsverfahren für die Beschaffung der Luftfiltergeräte zum jetzigen Zeitpunkt eine unvorhersehbare, äußerste Dringlichkeit anerkannt würde.

Freya Schwing, Rechtsanwältin bei Rödl und Partner in Nürnberg, empfiehlt für die Durchführung im Oberschwellenbereich das offene Verfahren. „Es ist das sicherere Verfahren, um die rechtlichen Risiken zu begrenzen.“ (leja)

**MEHR ZUM THEMA**  
Schreiben des bayerischen Innenministeriums zu vergaberechtlichen Aspekten beim Förderprogramm für mobile Luftreinigungsanlagen in Schulen und Kitas:  
<https://kurzelinks.de/L-filter>