

Beitrag (IBR 2006, 110)

---

## Unveränderte Zuschlagskriterien bei Übergang ins Verhandlungsverfahren!

**Hebt die Vergabestelle das Offene Verfahren mangels wertbarer Angebote auf, geht ins Verhandlungsverfahren über und beteiligt in diesem dieselben Bieter, so sind die im Offenen Verfahren angegebenen Zuschlagskriterien zu Grunde zu legen, auch wenn keine erneute Bekanntgabe von Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren erfolgte.**

OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.02.2005 - **Verg W 11/04**

BGB § **121**; GWB § **107** Abs. 3; VOL/A § **3a** Nr. 1, 2, §§ **9a**, **25** Nr. 3, § **26**

### Problem/Sachverhalt

---

Der Auftraggeber (AG) schrieb die Lieferung von medizinischen Geräten europaweit im Offenen Verfahren aus. Bereits in der Bekanntmachung gab er neben dem Preis 16 weitere Zuschlagskriterien an. Nachdem keines der eingegangenen Angebote den Ausschreibungsbedingungen entsprach, hob der AG das Verfahren auf und ging gemäß § **3a** Nr. 2 a VOL/A in das Verhandlungsverfahren über. Darin beteiligte er dieselben Unternehmen, eine erneute Bekanntmachung nahm er nicht vor. Auf der Grundlage der nunmehr abgegebenen Angebote beabsichtigt der AG, den Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Weitere Zuschlagskriterien liegen der Wertung nicht zu Grunde. Gegen diese Wertungsentscheidung wendet sich der Bieter B im Nachprüfungsverfahren.

### Entscheidung

---

Mit Erfolg! Die Wertung im Verhandlungsverfahren ist insgesamt fehlerhaft, weil der AG allein auf den Preis als entscheidendes und ausschlaggebendes Kriterium abgestellt hat. Der Wertung sind die in der öffentlichen Vergabebekanntmachung des Offenen Verfahrens angegebenen Zuschlagskriterien zu Grunde zu legen. Zwar hat der AG das Verhandlungsverfahren gemäß § **3a** Nr. 2 a VOL/A ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung und mithin ohne (erneute) Bekanntgabe von Zuschlagskriterien durchgeführt. Auch enthalten die Verdingungsunterlagen im Verhandlungsverfahren keine Verweisung auf die im Offenen Verfahren angegebenen Kriterien. Der AG ist bei der Wertung jedoch an die zuvor bekannt gegebenen Zuschlagskriterien gebunden. Denn aus Sicht der in das Verhandlungsverfahren übernommenen Bieter stellen sich, obwohl es sich formalrechtlich um **zwei** eigenständige Vergabeverfahren handelt, beide Vergabeverfahren tatsächlich und wirtschaftlich **als einheitliches Verfahren** dar, für das die einmal festgelegten und nicht mehr abgeänderten Kriterien gelten müssen. Auch eine **nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien ist unzulässig**, denn die Durchführung des Verhandlungsverfahren auf der Grundlage des § **3a** Nr. 2 a VOL/A setzt voraus, dass die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden. In erster Linie ist dies zwar auf die geforderte Leistung bezogen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen - und auch die Zuschlagskriterien - werden davon aber ebenfalls umfasst.

### Praxishinweis

---

Die Entscheidung ist konsequent. Es handelt sich faktisch um die **Fortsetzung der ursprünglichen Vergabe** im formfreieren Verhandlungswege. Für grundlegende Änderungen ist hier kein Raum. Die Entscheidung lässt sich auf Bauvergaben übertragen. Auch hier ist das Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung zulässig, wenn im Offenen oder Nichtoffenen Verfahren keine annehmbaren Angebote abgegeben worden sind. Die ursprünglichen Verdingungsunterlagen dürfen ebenfalls nicht grundlegend geändert werden, die Bieter des ursprünglichen Verfahrens sind zu beteiligen. Sinn dieses Vorgehens ist gerade, eine Vergabe zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen, deren bisheriges Scheitern nicht im Verantwortungsbereich der Vergabestelle liegt. Schon der Wettbewerbs- und Transparenzgedanke verbietet hier die Vornahme grundlegender Änderungen.

*RAin Dr. Susanne Mertens, LL.M., Berlin*

© id Verlag