

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
1. Kapitel: Einleitung	25
A. Hintergrund und Anlass der Untersuchung	25
I. Flexibilisierungstendenzen auf europäischer Ebene	28
II. Flexibilisierungstendenzen auf nationaler Ebene	31
B. Untersuchungsgegenstand	33
I. Terminologie und Typologisierung	33
1. Flexibilisierung	33
2. Vergabeverfahren	34
II. Flexibilisierungsstufen	36
III. Die untersuchten Flexibilisierungspotenziale	37
C. Untersuchungsziel und Gang der Untersuchung	40
2. Kapitel: Prüfungsraster zwecks Feststellung von Flexibilisierungspotenzialen im Vergabeverfahren	42
A. Die Ebene des Basiskontextes	42
B. Die Ebene der Funktionsadäquanz	43
I. Sinnhaftigkeit im Hinblick auf eine Förderung vergaberechtlicher Zielsetzungen	43
1. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	44
a) Qualitätsvolle und kostenminimierte Erledigung der Verwaltungsaufgabe	47
b) Verfahrenseffizienz	48
2. Wettbewerbsfähigkeit	50
3. Förderung von kleinen und mittelständischen Unternehmen	51
II. Sinnhaftigkeit für die involvierten Akteure	54
III. Sinnhaftigkeitsindikator: Empirie	55
IV. Zusammenfassung	55
C. Die Ebene des Rechts	52
I. Die rechtlichen Determinanten auf nationaler Bühne	56
1. Die Rechts- und Erkenntnisquellen	57
2. Das offene Verfahren	57
II. Die rechtlichen Determinanten auf europäischer Bühne	61
1. Das EU-Primärrecht	61
2. Das EU-Sekundärrecht	64

a) Die Vergabekoordinierungsrichtlinie	64
b) Sonstige Rechtsakte	64
III. Die Vergabegrundsätze	67
1. Die Vergabegrundsätze und ihre besondere Bedeutung im Vergaberecht	68
2. Der vergaberechtliche Grundsatz des Wettbewerbs	71
a) Bedeutungswandel des Wettbewerbsgedankens?	72
b) Wettbewerb - Eine begriffliche Annäherung	75
c) Wettbewerbspolitische Ziele	76
3. Der vergaberechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung	78
4. Der vergaberechtliche Grundsatz der Transparenz	81
5. Der vergaberechtliche Grundsatz der Vertraulichkeit?	85
D. Die Ebene der Inspiration	87
I. Das Agreement on Government Procurement (GPA)	88
II. Das Europäische Vergabesystem	89
III. Das U.S.-amerikanische Vergabesystem	90
E. Die Ebene der Durchführbarkeit	91
3. Kapitel: Nachverhandlungen als Flexibilisierungsgegenstand	93
A. Basiskontext	93
I. Einführung	93
II. Nachverhandlungen im Vergabeverfahren	94
1. Begriffsklärung	94
2. Nachverhandlungsgegenstände	97
B. Die Sinnhaftigkeit einer Flexibilisierung qua Nachverhandlungen	97
I. Akteursbezogene Vorteile von Nachverhandlungen unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Zielsetzungen	97
1. Realanalyse: Auftraggeber	98
a) Wirtschaftlicher Einkauf durch Nachverhandlungen	98
b) Anhebung der Verfahrenseffizienz durch Nachverhandlungen	100
c) Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit durch Nachverhandlungen	102
2. Realanalyse: Bewerber und Bieter	104
a) Bessere Zuschlagschancen und Mittelstandsförderung	105
b) Annäherung an privatwirtschaftliche Beschaffungsvorgänge	106
II. Nachteile von Nachverhandlungen unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Zielsetzungen	108
1. Manipulationsgefahren	108

2. Verfahrenseffizienz	110
III. Das Dilemma von Nachverhandlungen	111
IV. Ein Modellversuch zum Erkenntnisgewinn	112
1. Praktische Erfahrungen aus dem Zweiten Modellversuch des Landes Nordrhein-Westfalen	113
2. Die Ergebnisse des Modellversuchs	114
a) Preiseinsparungen	114
b) Wettbewerbsbeeinträchtigung	115
c) Sonstige Negativauswirkungen	116
3. Fazit und Schlussfolgerungen aus dem Modellversuch	117
C. Die Rechtsebene: Nachverhandlungen	119
I. Nachverhandlungen auf der Ebene des nationalen Vergaberechts	119
1. Ratio legis: Nachverhandlungsverbot	119
2. Der gegenwärtige Gesetzesstand	120
a) Nachverhandlungen im Recht der Lieferleistungen	120
aa) § 15 S. 2 VOL/A, 18 S. 2 VOL/A-EG im Spiegel von § 24 VOL/A a.F.	122
(1) Der zeitliche und personale Geltungsbereich	122
(2) Der sachliche Geltungsbereich	124
bb) Flexibilisierung de lege lata durch die Pflicht zur Nachreichung?	127
cc) Ausnahmen vom Nachverhandlungsverbot?	130
b) Nachverhandlungen im Recht der Bauleistungen	131
aa) § 15 Abs. 3 VOB/A im Spiegel von § 24 VOB/A a.F.	131
bb) Flexibilisierung durch ein Nachreichen von Preisen und Erklärungen	134
c) Zusammenfassung der Beobachtungen	135
II. Nachverhandlungen auf der Ebene des europäischen Vergaberechts	136
1. Das Primärrecht	136
a) Die Grundfreiheiten	137
b) Die vergaberechtlichen Grundanforderungen	139
c) Fazit	141
2. Das Sekundärrecht	142
a) Die Vergabekoordinierungsrichtlinie	142
aa) Der wettbewerbliche Dialog als Anhaltspunkt	143
bb) Die elektronische Auktion als Anhaltspunkt für eine Nachverhandlungserlaubnis	145
b) Die Erklärung der Unionsorgane aus dem Jahre 1994	148
c) Das Grünbuch der Kommission und ihr erster Richtlinien-vorschlag	150
d) Die Verordnung Nr. 1605	152

e) Zwischenfazit	153
III. Die Vergabegrundsätze	154
1. Der Wettbewerbsgrundsatz	156
a) Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz qua Nachverhandlung	156
b) Wettbewerbsstärkung und Wirtschaftlichkeit qua Nachverhandlung	158
c) Vergaberechtliche Schranken für Nachverhandlungen aus dem Wettbewerbsgrundsatz für die Verhandlungstiefe	159
aa) Die Wettbewerbserheblichkeit in der Rechtsprechung des EuGH	160
(1) Die Beschaffungsidentität als Indiz der Wettbewerbserheblichkeit	163
(2) Die Beschaffungsidentität nach Rechtsprechung und Literatur	165
(3) Stellungnahme	168
bb) Fazit	171
e) Weitere Schranken für Nachverhandlungen aus dem Wettbewerbsgrundsatz	172
aa) Initiierung der Nachverhandlungen	172
bb) Kein Nachverhandlungsanspruch	174
cc) Vorgaben im Hinblick auf den Verfahrensablauf	176
2. Der Gleichbehandlungsgrundsatz	176
a) Gleichbehandlung und Nachverhandlungen	176
b) Vergaberechtliche Schranken für Nachverhandlungen aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz	179
aa) Gleichförmige Verhandlungspraxis	179
bb) Verhandlungsteilnehmer	181
c) Fazit	182
3. Der Transparenzgrundsatz	182
a) Transparenz und Nachverhandlungen	183
b) Vergaberechtliche Schranken für Nachverhandlungen aus dem Transparenzgrundsatz	185
4. Der Grundsatz der Vertraulichkeit	186
a) Vertraulichkeit und Nachverhandlungen	187
b) Vergaberechtliche Schranken für Nachverhandlungen aus dem Vertraulichkeitsgrundsatz	188
c) Multilaterale Verhandlungen und Disponibilität der Vertraulichkeit?	189
5. Fazit	193
IV. Ergebnis: Überschießende Richtlinienumsetzung	193

1.	Der vergaberechtliche Umgang mit einer überschießenden Richtlinienumsetzung	194
a)	Ermessen der Mitgliedstaaten	195
b)	Umsetzungsverpflichtung 1:1	197
c)	Stellungnahme	198
2.	Die Konsequenzen für das deutsche Nachverhandlungsverbot	199
V.	Ausblick: die neue Richtlinie	199
D.	Die Ebene der Inspiration	201
I.	Das Government Procurement Agreement (GPA)	202
1.	Nachverhandlungen im System des GPA	202
2.	Die Einführung von Nachverhandlungen als völkerrechtliche Verpflichtung?	204
II.	Das Grünbuch der Europäischen Kommission	207
1.	Die Modernisierung der Verfahren	208
2.	Rezeption der Grünbuchvorschläge	209
III.	A lesson to learn from the US	211
IV.	Das Schweizerische Vergaberecht	214
1.	Einführendes zum Schweizerischen Vergaberecht	214
2.	Nachverhandlungen im Vergaberecht der Schweiz	215
V.	Zusammenfassung	217
E.	Auftrag an den Ordnungsgeber: Ein Lösungsmodell zu Nachverhandlungen für das offene Verfahren	218
I.	Möglichkeiten zu Verhandlungsablauf und Strukturierung	220
1.	Gestaltungsmöglichkeiten im offenen Verfahren	220
a)	Reduzierung der Verhandlungsteilnehmer	221
b)	Die Verhandlungsorganisation	223
2.	Besondere Gestaltungsmöglichkeiten unterhalb der Schwellenwerte	225
II.	Der Verfahrensablauf des offenen Verfahrens mit Nachverhandlungsmöglichkeit	226
III.	Der Vertraulichkeitsschutz bei Nachverhandlungen	229
IV.	Die Integration eines „Mediators“	229
V.	Die Nachverhandlungsgegenstände im Einzelnen	232
1.	Verhandlungen über die Preise	233
a)	Isolierte und adaptive Preisverhandlungen	233
b)	Die zulässige Reichweite von Preisverhandlungen	234
aa)	Preisänderungen in der nationalen Rechtsprechung	234
bb)	Preisänderungen in der europäischen Rechtsprechung	235
cc)	Fazit	237
c)	Die Wahrung der Vertraulichkeit der Preisverhandlungen	238
2.	Nachverhandlungen über die Qualität der Leistung	240
a)	Verhandlungen über die Qualität	241

b)	Die Wettbewerbserheblichkeit von Qualitätsänderungen	242
aa)	Anforderungen aus Judikatur und Literatur zur Reichweite von Qualitätsänderungen	243
bb)	Stellungnahme und Fazit	245
3.	Verhandlungen über den Leistungsumfang	247
a)	Der Leistungsumfang	247
b)	Wettbewerbserheblichkeit von Umfangsänderungen	247
aa)	Anforderungen aus Judikatur und Literatur an die Reichweite von Umfangsänderungen	248
bb)	Fazit	249
4.	Der Sonderfall: Nachverhandlungen zwecks Fehlerbehebung	250
F.	Ergebnisse zu den Flexibilisierungspotenzialen von Nachverhandlungen	252
I.	Flexibilisierungspotenziale <i>de lege lata</i>	252
II.	Flexibilisierungspotenziale <i>de lege ferenda</i>	253
4.	Kapitel: Nebenangebote als Flexibilisierungsgegenstand	257
A.	Basiskontext	257
I.	Praxisrelevanz von Nebenangeboten	257
II.	Begriffsklärung	259
1.	Definitionen in Rechtsprechung und Literatur	259
2.	Nebenangebotskategorien	261
3.	Zusammenfassung	263
III.	Nebenangebote in Rechtsprechung, Judikatur und Schrifttum	264
B.	Die Ebene der Funktionsadäquanz: Die Sinnhaftigkeit einer Flexibilisierung qua Nebenangebote	265
I.	Akteurszentrierte Vorteile einer nebenangebotsbasierter Beschaffung unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Zielsetzungen	266
1.	Realanalyse: Auftraggeber	266
a)	Innovationsförderung durch Nebenangebote	266
b)	Steigerung der Wettbewerblichkeit durch Nebenangebote	267
c)	Wirtschaftlicherer Einkauf durch Nebenangebote	267
2.	Realanalyse: Bewerber und Bieter	269
a)	Bessere Zuschlagschancen	269
b)	Mittelstandsförderung	270
II.	Die Nachteile nebenangebotsbasierter Beschaffung unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Zielsetzungen	270
1.	Verfahrenseffizienz	270
2.	Vertrauensschutz und Umkehr der Planungsrisiken	271
3.	Manipulationsgefahren	273

III.	Das Dilemma von Nebenangeboten	273
C.	Die Rechtsebene: Nebenangebote	275
I.	Nebenangebote auf der Ebene des nationalen Vergaberechts	275
1.	Nebenangebote im Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte	276
a)	Nebenangebote im Recht der Lieferleistungen	276
aa)	Derzeitige Rechtslage	276
bb)	Synopse mit den Vorgängervorschriften	276
b)	Nebenangebote im Recht der Bauleistungen	278
c)	Synopse der Vergabeordnungen: Flexibilitätsunterschiede?	279
d)	Flexibilität von Nebenangeboten oberhalb der Schwellenwerte	280
2.	Nebenangebote im Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte	281
a)	Nebenangebote im Recht der Lieferleistungen	281
b)	Nebenangebote im Recht der Bauleistungen	283
3.	Synopse der Vergabeordnungen	284
4.	Synopse in Bezug auf das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte	286
II.	Nebenangebote auf der Ebene des europäischen Vergaberechts	287
1.	Das Primärrecht: Die vergaberechtlichen Grundanforderungen	287
a)	Hinreichende Transparenz	288
b)	Gleichbehandlung	290
2.	Das Sekundärrecht: Die Vergabekoordinierungsrichtlinie	291
a)	Art. 24 VKR als vergaberechtliche Schranke für Nebenangebote	293
b)	Mehr Flexibilität in den Vorgängervorschriften?	294
III.	Ausblick: Das Grünbuch und die neue Richtlinie	295
D.	Die Ebene der Inspiration	297
E.	Die Ebene der Durchführbarkeit	299
I.	Flexibilisierung im Zusammenhang mit den Mindestanforderungen	299
1.	Flexibilisierung qua sachgerechter Interpretation der Mindestanforderungen im Oberschwellenvergaberecht	299
a)	Die Mindestanforderungsproblematik und das <i>Traunfeller</i> -Urteil des EuGH	299
b)	Die Problemlage	301
c)	Die Auslegung der Mindestanforderungen	302
(aa)	Restriktives Verständnis der Mindestanforderungen	302
(bb)	Extensives Verständnis der Mindestanforderungen	303

(1) Formales Verständnis der Mindestanforderungen	305
(2) Leistungsbezogenes Verständnis der Mindestanforderungen	305
cc) Stellungnahme	309
d) Fazit	312
2. Flexibilisierung qua Installation einer Erkundigungspflicht über Mindestanforderungen im Oberschwellenvergaberecht?	313
3. Flexibilität durch die Nichtgeltung der Mindestanforderungsproblematik im Unterschwellen- vergaberecht	314
II. Flexibilisierung qua erlaubter Nebenangebotsabfrage bei reinem Preiswettbewerb?	314
1. Streitstand	315
2. Stellungnahme	317
III. Flexibilisierung im Zusammenhang mit der Gleichwertigkeit der Nebenangebote	319
1. Die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten	319
a) Der Begriff der Gleichwertigkeit	320
b) Der Nachweis der Gleichwertigkeit	321
2. Flexibilisierung qua Entfallen der Gleichwertigkeit?	322
a) Entfallen der Gleichwertigkeitsprüfung durch die Pflicht zur Angabe von Mindestanforderungen?	322
aa) Argumente für ein Entfallen der Gleichwertigkeits- prüfung	323
bb) Argumente für den Erhalt der Gleichwertigkeits- prüfung	325
cc) Stellungnahme	326
b) Entfallen der Gleichwertigkeitsprüfung durch das Verbot von Nebenangeboten im Preiswettbewerb?	329
3. Flexibilisierung qua Nachreichen des Gleichwertigkeitsnachweises?	330
a) Das Nachreichen von Nachweisen	330
b) Das Nachreichen des Gleichwertigkeitsnachweises?	331
c) Ergebnis	333
IV. Flexibilisierung qua Nachverhandelbarkeit von Nebenangeboten	334
1. Nebenangebote und Nachverhandlungen	334
2. Verhandlungsmöglichkeiten über Nebenangebote <i>de lege lata</i>	336
3. Verhandlungsmöglichkeiten über Nebenangebote de lege ferenda	336
a) Nachverhandlungen über die Mindestanforderungen	338
b) Nachverhandlungsmöglichkeiten über die Gleichwertigkeit	339

4. Fazit zur Flexibilisierung qua nebenangebotsbezogener Nachverhandlungen	340
V. Flexibilität von Nebenangeboten unterhalb der Schwellenwerte	341
1. Spezifische Flexibilität im Unterschwellenvergaberecht	341
2. Flexibilisierung qua Umdeutung fehlerhafter Hauptangebote in Nebenangebote?	342
a) Streitstand	343
b) Stellungnahme	344
F. Ergebnisse zu den Flexibilisierungspotenzialen von Nebenangeboten	345
I. Flexibilisierungspotenziale <i>de lege lata</i>	346
II. Flexibilisierungspotenziale <i>de lege ferenda</i>	348
5. Kapitel: Management Summary	350
A. Flexibilisierungspotenziale im Vergabeverfahren	350
B. Synopse der Flexibilisierungspotenziale und instrumentenübergreifende Aussagen zu Flexibilisierungspotenzialen im Vergabeverfahren	351
I. Die Flexibilisierungspotenziale im Vergleich	351
II. Allgemeine Flexibilisierungsaussagen	352
III. Die Schwellenwertbereiche im Vergleich	354
IV. Die Vergabeordnungen im Vergleich	355
V. Schlussbemerkungen	355
Literaturverzeichnis	358