

§ 6 SektVO Vergabeverfahren

(Fassung vom 23.09.2009, gültig ab 29.09.2009)

(1) Auftraggeber können bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zwischen offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren mit Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung wählen.

(2) Ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist zulässig,

1. wenn im Rahmen eines Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein geeignetes Angebot oder keine Bewerbung abgegeben worden ist, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden;
2. wenn ein Auftrag nur vergeben wird zum Zweck von Forschung, Versuchen, Untersuchungen oder der Entwicklung und nicht mit dem Ziel der Gewinnerzielung oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten und diese Vergabe einer wettbewerblichen Vergabe von Folgeaufträgen, die diese Ziele verfolgen, nicht vorgreift;
3. wenn der Auftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann;
4. soweit zwingend erforderlich, weil es bei äußerster Dringlichkeit im Zusammenhang mit Ereignissen, die die Auftraggeber nicht vorhersehen konnten, nicht möglich ist, die in den offenen, den nicht offenen oder den Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung vorgesehenen Fristen einzuhalten;
5. im Fall von Lieferaufträgen für zusätzliche, vom ursprünglichen Lieferanten durchzuführende Lieferungen, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gängigen Lieferungen oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Lieferanten den Auftraggeber zum Kauf von Material unterschiedlicher technischer Merkmale zwänge und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich brächte;
6. bei zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglich vergebenen Auftrag vorgesehen waren, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung dieses Auftrags erforderlich sind, sofern der Auftrag an das Unternehmen vergeben wird, das den ursprünglichen Auftrag ausführt,
 - a) wenn sich diese zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber vom ursprünglichen Auftrag trennen lassen oder
 - b) wenn diese zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind;
7. bei neuen Bauaufträgen, die in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bestehen, die vom selben Auftraggeber an den Auftragnehmer des ursprünglichen Auftrags vergeben werden, sofern diese Bauleistungen einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrags war, der nach einer Bekanntmachung vergeben wurde; die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung muss bereits bei der Bekanntmachung für den ersten Bauabschnitt angegeben werden;

8. wenn es sich um die Lieferung von Waren handelt, die an Börsen notiert und gekauft werden;
9. wenn Aufträge auf Grund einer Rahmenvereinbarung (§ 9) vergeben werden sollen, sofern die Rahmenvereinbarung nach den Bestimmungen dieser Verordnung geschlossen wurde;
10. wenn Waren auf Grund einer besonders günstigen Gelegenheit, die sich für einen sehr kurzen Zeitraum ergeben hat, zu einem Preis beschafft werden können, der erheblich unter den marktüblichen Preisen liegt;
11. wenn Waren zu besonders günstigen Bedingungen von einem Lieferanten, der seine Geschäftstätigkeit endgültig aufgibt oder bei Insolvenzverwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahrens gekauft werden sollen;
12. wenn im Anschluss an ein Auslobungsverfahren der Dienstleistungsauftrag nach den in § 11 festgelegten Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Auslobungsverfahrens vergeben werden muss; im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Auslobungsverfahrens zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.

Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 17.06.2013

Gliederung

A. Anwendungsbereich	Rn. 1
B. Vergabeverfahren	Rn. 5
C. Arten der Vergabe	Rn. 7
D. Verfahrensgang	Rn. 18
I. Allgemeiner Gang eines Vergabeverfahrens bei europaweiter Vergabe	Rn. 18
II. Das Offene Verfahren	Rn. 19
1. Allgemeines	Rn. 19
2. Anwendungsbereich	Rn. 21
3. Verfahrensgang beim Offenen Verfahren	Rn. 23
III. Das Nichtoffene Verfahren	Rn. 33
1. Allgemeines	Rn. 33
2. Anwendungsbereich	Rn. 34
3. Verfahrensgang beim Nichtoffenen Verfahren	Rn. 36
IV. Das Verhandlungsverfahren	Rn. 45
1. Allgemeines	Rn. 45
2. Verfahrensgang beim Verhandlungsverfahren	Rn. 46
3. Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung	Rn. 71

A. Anwendungsbereich

- 1 § 6 SektVO schlüsselt in Absatz 1 die verschiedenen Vergabeverfahrensarten (Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren **mit** Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren **mit** Bekanntmachung) für Sektorenauftraggeber im Kartellvergaberecht (§ 1 Abs. 2 SektVO) auf. In Absatz 2 werden in 12 Ziffern verschiedene Ausnahmetatbestände formuliert, die ein Verhandlungsverfahren **ohne** Bekanntmachung rechtfertigen.
- 2 Die Norm richtet sich unterschiedslos an öffentliche und private Sektorenauftraggeber.

- 3 Vergleich zur alten Rechtslage:** Die Regelung des § 6 Abs. 1 SektVO fasst die Vorgängerregelungen über die Vergabeverfahrensarten für Sektorenauftraggeber zusammen (§ 101 Abs. 6 GWB a.F.; §§ 3, 3b VOB/A 2006; § 3 SKR VOB/A 2006; §§ 3, 3b VOL/A 2006; § 3 SKR VOL/A 2006).
- 4** Die bis dahin vorzunehmende Unterscheidung von öffentlichem und privatem Sektorenauftraggeber ist damit weggefallen; die zugrunde liegende europäische Sektorenkoordinierungsrichtlinie EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR)¹ sieht ebenfalls keine Unterscheidung vor.

B. Vergabeverfahren

- 5** Das Vergabeverfahren soll den Wettbewerb so weit wie möglich gewährleisten und dabei die Flexibilität der Verwaltung so wenig wie nötig einschränken.
- 6** Dabei sind die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts (Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz) zu wahren.² Zwar befindet sich in der SektVO keine den §§ 2 VOB/A, 2 EG-VOL/A, 2 VOF vergleichbare Regelung. Allerdings greift die gesetzliche Norm des § 97 Abs. 1, 2 GWB, in der diese Grundsätze niedergeschrieben sind. § 97 GWB findet für alle öffentlichen Auftraggeber Anwendung. Gemäß § 98 Nr. 4 GWB sind öffentliche Auftraggeber auch die privatrechtlich verfassten Sektorenauftraggeber. Auch Art. 10 EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR)³ nimmt Bezug auf die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts. Diese erlangen gerade wegen der – beklagenswert – dünnen Regelungsdichte der SektVO hier besondere Bedeutung.⁴

C. Arten der Vergabe

- 7** Die Sektorenverordnung kennt drei Arten der Vergabe öffentlicher Aufträge:
- das Offene Verfahren gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 1 SektVO;
 - das Nichtoffene Verfahren (immer **mit** Bekanntmachung) gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 2 SektVO;
 - das Verhandlungsverfahren **mit** Bekanntmachung gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 3 SektVO und ausnahmsweise **ohne** Bekanntmachung gemäß § 6 Abs. 2 SektVO.
- 8** Eine Regelung zum Wettbewerblichen Dialog (vgl. Art. 1 Abs. 11 lit. c) EU-Richtlinie 2004/18/EG (VKR)⁵ sowie § 3 EG Abs. 1 Nr. 4 VOB/A) befindet sich weder in der Sektorenverordnung noch in der EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR). § 101 Abs. 4 Satz 1 GWB verschließt ausdrücklich den Wettbewerblichen Dialog als mögliche Vergabeverfahrensart für Sektorenauftraggeber.
- 9** Jedoch wird der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren mit Aufruf zum Wettbewerb in der EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR) nicht beschränkt. Ein Sektorenauftraggeber, der sich für ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb entschieden hat, könnte daher durchaus festlegen, dass das Verfahren nach dem Muster abläuft, das die „klassische“ EU-Richtli-

¹ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

² Vgl. OLG München v. 29.09.2009 - Verg 12/09.

³ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁴ Vgl. OLG München v. 20.04.2005 - Verg 8/05 - BeckRS 2005, 08230.

⁵ EU-Richtlinie 2004/18/EG v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungskonzession (VKR).

nie 2004/18/EG (VKR) für den Wettbewerblichen Dialog vorsieht.⁶ Allerdings ist der Vergabestelle von einer Ausgestaltung nach dem Vorbild des Wettbewerblichen Dialogs wegen zahlreicher Schwächen gegenüber dem „klassischen“ Verhandlungsverfahren grundsätzlich abzuraten. Der Wettbewerbliche Dialog bietet gegenüber dem Verhandlungsverfahren keinerlei Vorteile.

- 10 Die Vergabeverfahrensarten unterscheiden sich nach der Anzahl der zu beteiligenden Bieter und dem Grad der Formalisierung.
- 11 Lediglich beim Offenen Verfahren ist die Anzahl der zu beteiligenden Bieter unbeschränkt. Bei den anderen Vergabeverfahrensarten handelt es sich dagegen um sog. zweistufige Vergabeverfahren; d.h., es findet in einer ersten Phase ein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb mit vorgezogener Eignungsprüfung statt. Während in dieser ersten Phase eine unbeschränkte Anzahl an Bewerbungen Teilnahmeanträge einreichen kann, hat der Auftraggeber in der anschließenden Angebots- und Wertungsphase die Befugnis, die Anzahl der geeigneten Unternehmen zu beschränken, die zur Angebotsabgabe zugelassen werden.
- 12 Das Offene Verfahren und das Nichtoffene Verfahren unterliegen als förmliche Vergabeverfahren den strengsten formalen Anforderungen. Das Verhandlungsverfahren verfügt als nichtförmliches Vergabeverfahren über einen deutlich geringeren Grad an formalen Anforderungen.
- 13 Der Sektorenauftraggeber ist im Gegensatz zum „klassischen“ Auftraggeber bei der Auswahl der verschiedenen Vergabeverfahrensarten frei, solange eine vorherige europaweite Bekanntmachung erfolgt. Entsprechend existiert im Sektorenbereich keine sog. Regelvergabeverfahrensart, wie dies bei den „klassischen“ Auftraggebern mit dem Offenen Verfahren der Fall ist.
- 14 Lediglich das Verhandlungsverfahren **ohne** Bekanntmachung ist nachrangig und kommt nur bei Vorliegen einer der Ausnahmeregelungen des § 6 Abs. 2 SektVO in Betracht. Die Vergabeverfahrensarten **mit** vorheriger öffentlicher Bekanntmachung (§ 6 Abs. 1 SektVO) stehen zum Verhandlungsverfahren **ohne** vorherige öffentliche Bekanntmachung somit in einem Hierarchieverhältnis (orientiert am Grad der Verwirklichung des allgemeinen Wettbewerbsprinzips⁷). Die Anforderungen an die einzelnen Rechtfertigungsgründe steigen, je weniger Publizität und damit Transparenz die jeweilige Vergabeverfahrensart fordert.
- 15 Dem Auftraggeber bleibt es grundsätzlich unbenommen, statt eines tatbestandlich zulässigen weniger formstrengen und damit wettbewerblich schwächeren Verhandlungsverfahrens **ohne** Bekanntmachung eine formstrenge hierarchisch höher stehende Vergabeverfahrensart **mit** Bekanntmachung zur Anwendung zu bringen.
- 16 Entscheidet sich der Auftraggeber freiwillig (oder unabsichtlich) für eine Vergabeverfahrensart, so bindet sich der Auftraggeber – wegen Vertrauensschutz (§ 242 BGB⁸) – in dem dann folgenden gesamten Verfahren an die Normen, die für das gewählte Vergabeverfahren gelten.
- 17 Die Vergabeverfahrensarten sind abschließend aufgeführt; Elemente verschiedener Vergabeverfahrensarten dürfen nicht miteinander kombiniert werden.⁹ Außerdem darf nicht auf die Paragraphen des 1. Abschnittes der jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnungen zurückgegriffen werden, wenn keine ausdrücklichen Regelungen in der SektVO enthalten sind.¹⁰ Die VgV findet keine Anwendung.

⁶ Europäische Kommission v. 05.10.2005 - CC/2005/04_rev1 - ERLÄUTERUNGEN - WETTBEWERBLICHER DIALOG – KLASSISCHE RICHTLINIE, Fn. 2.

⁷ Vgl. OLG Düsseldorf v. 08.05.2002 - VII-Verg 8 - 15/01 - IBRRS 40201.

⁸ Vgl. OLG Düsseldorf v. 28.05.2003 - Verg 16/03 - VergabeR 2003, 586, 587.

⁹ Vgl. VK Südbayern v. 17.07.2001 - 120.3-3194-1-23-06/01.

¹⁰ OLG München v. 20.04.2005 - Verg 8/05 - BeckRS 2005, 08230.

D. Verfahrensgang

I. Allgemeiner Gang eines Vergabeverfahrens bei europaweiter Vergabe

18 Schaubild typischer Verfahrensablauf (ohne Wettbewerblicher Dialog):

Beginn der Dokumentation	§ 32 SektVO
Auswahl der Vergabeverfahrensart	§ 6 SektVO
Erstellung der Vergabeunterlagen	vgl. §§ 7, 8 SektVO
Öffentliche Bekanntmachung (Amtsblatt der Europäischen Union und national)	§§ 12, 14, 16, 29 Abs. 4 SektVO
Teilnehmer am Wettbewerb	vgl. §§ 14, 22 SektVO
Vorverlagerte Eignungsprüfung (nur Nichtoffene Verfahren / Verhandlungsverfahren)	vgl. §§ 20 Abs. 2, 21, 23, 24 SektVO
Zusendung der Vergabeunterlagen (Offenes Verfahren) oder Aufforderung zur Angebotsabgabe	§ 19 Abs. 1 SektVO
ggf. Auskünfte an die Bewerber/Bieter	§ 19 Abs. 2 SektVO
Fristgerechte Einreichung der Angebote	§§ 17, 18, 19 Abs. 3 SektVO
Öffnung der Angebote	nicht normiert
Beginn der Zuschlagsfrist und Bindefrist	nicht normiert
1. Wertungsstufe formale Angebotsprüfung	§ 26 SektVO
ggf. Nachforderung fehlender Nachweise und Erklärungen	§§ 19 Abs. 3, 27 Abs. 1, 3 SektVO
2. Wertungsstufe Eignungsprüfung (nur beim Offenen Verfahren)	§§ 20, 21, 23, 24 SektVO
3. Wertungsstufe Prüfung: Ungewöhnlich niedriger Preis / Drittländerklausel	§§ 27, 28 SektVO
4. Wertungsstufe Ggf. Aufklärungsgespräche / Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes	§ 29 SektVO
Interne Vergabeentscheidung	nicht normiert
Benachrichtigung nichtberücksichtigter Bieter und Bewerber	§ 101a GWB; §§ 29 Abs. 5, 31 SektVO
Beendigung des Verfahrens durch Zuschlag	vgl. § 29 Abs. 1 SektVO
oder Aufhebung/Einstellung des Verfahrens	§ 30 SektVO

II. Das Offene Verfahren

1. Allgemeines

- 19 Beim Offenen Verfahren werden Leistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben.
- 20 Charakteristisch beim Offenen Verfahren ist, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot abgeben können, Art. 1 Abs. 9 lit. a) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).

2. Anwendungsbereich

- 21 Der Auftraggeber darf bei der Auswahl der Vergabeverfahrensart grundsätzlich frei wählen, solange er dieses **mit** einer öffentlichen Bekanntmachung einleitet.¹¹
- 22 Insoweit hat das Offene Verfahren keinen Vorrang im Verhältnis zum Nichtoffenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren jeweils **nach** Bekanntmachung, vgl. § 101 Abs. 7 Satz 2 GWB.

3. Verfahrensgang beim Offenen Verfahren

- 23 Das Offene Verfahren folgt im Wesentlichen dem allgemeinen Gang des Vergabeverfahrens, wie er sich aus dem Aufbau der SektVO ergibt (vgl. Rn. 18).
- 24 Der Auftraggeber hat zeitnah die einzelnen Maßnahmen zu dokumentieren (vgl. § 32 SektVO) und während des gesamten Vergabeverfahrens die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz zu wahren (vgl. § 97 Abs. 1, 2 GWB sowie Art. 10 EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR)).
- 25 Das Offene Verfahren wird durch die Erstellung der Vergabeunterlagen (§§ 7, 8 SektVO) vorbereitet und durch eine europaweite Bekanntmachung (§§ 12, 16, 29 Abs. 4 SektVO) eingeleitet.
- 26 Dadurch sollen interessierte Unternehmen von der geplanten Auftragsvergabe in Kenntnis gesetzt werden. Das dient überdies der Transparenz und der Förderung des (grenzüberschreitenden) Wettbewerbs.¹² Der Auftraggeber darf auch einzelne Unternehmen gezielt ansprechen und sie zur Angebotsabgabe auffordern. Allerdings ist es ihm dabei aus Gründen der Gleichbehandlung verboten, den Unternehmen Informationen zur Verfügung zu stellen, die den übrigen Interessenten erst zu einem späteren Zeitpunkt oder überhaupt nicht zugänglich gemacht werden.¹³
- 27 Auf jeweilige Anforderung der interessierten Unternehmen übersendet die Vergabestelle die Vergabeunterlagen innerhalb von 6 Kalendertagen nach Eingang des Antrags des Bewerbers (§ 19 Abs. 1 SektVO), wenn diese nicht auf elektronischem Weg frei, direkt und vollständig verfügbar sind.
- 28 Beantragen die Bewerber rechtzeitig zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen, so sind diese Auskünfte allen Bewerbern bis spätestens 6 Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist in gleicher Weise zu erteilen (§ 19 Abs. 2 SektVO).
- 29 Danach haben die Bewerber fristgerecht ihre Angebote in der geforderten Form abzugeben (§§ 17, 18 SektVO).
- 30 Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung des Auftraggebers bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht von den Unternehmen vorgelegt wurden, können gemäß § 19 Abs. 3 SektVO bis zum Ablauf einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Nachfrist angefordert werden.
- 31 Im Eröffnungstermin erfolgt die Öffnung der Angebote und die Zuschlagsfrist beginnt. In den Vergabeunterlagen ist vorzusehen, dass die Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden bleiben, sog. Bindefrist (vgl. auch § 148 BGB).
- 32 Dem Eröffnungstermin folgt die Wertungsphase, die sich in folgende 4 Stufen gliedert¹⁴:
- 1. Wertungsstufe – **Formale Angebotsprüfung** (§ 26 SektVO),
 - 2. Wertungsstufe – **Eignungsprüfung** (§§ 20, 21, 23, 24 SektVO),
 - 3. Wertungsstufe – **Angemessenheitsprüfung** der Preise (§§ 27, 28 SektVO),

¹¹ Vgl. auch OLG Karlsruhe v. 09.10.2012 - 15 Verg 12/11 - juris Rn. 101.

¹² Vgl. BayObLG v. 04.02.2003 - Verg 31/02 - VergabeR 2003, 345, 346.

¹³ Vgl. OLG Schleswig v. 17.02.2000 - 11 U 91/98 - NZBau 2000, 207.

¹⁴ Zur strikten Trennung von Eignungsprüfung und Wertung im engeren Sinne: EuGH v. 19.06.2003 - Rs. C-315/01 - GAT - VergabeR 2003, 547, Rn 59.

- 4. Wertungsstufe – Auswahl wirtschaftlichstes Angebot (§ 29 SektVO), sog. **Wertung im engeren Sinne**.

III. Das Nichtoffene Verfahren

1. Allgemeines

- 33** Beim Nichtoffenen Verfahren werden Leistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten **nach** öffentlichem Teilnahmewettbewerb vergeben.

2. Anwendungsbereich

- 34** Beim Nichtoffenen Verfahren wird nur ein beschränkter Kreis von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert.
- 35** Das Nichtoffene Verfahren ist ebenso strengen formellen Vorschriften unterworfen wie das Offene Verfahren. Während das Transparenzprinzip beim Nichtoffenen Verfahren gleichermaßen gewahrt wird wie im Offenen Verfahren, ist der Wettbewerbsgrundsatz infolge der Möglichkeit zur zahlenmäßigen Beschränkung der Angebote schwächer ausgeprägt.
- Dem Nichtoffenen Verfahren ist **zwingend ein Teilnahmewettbewerb vorzuschalten** (§ 6 i.V.m. § 20 Abs. 1 SektVO).
 - Dabei verfolgt der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb regelmäßig zwei Ziele: Es sollen der Wettbewerb gefördert und die Eignungsvoraussetzungen (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) der Bewerber überprüft werden.

3. Verfahrensgang beim Nichtoffenen Verfahren

- 36** Das Nichtoffene Verfahren ist im Gegensatz zum Offenen Verfahren ein zweiphasiges Verfahren, bestehend aus einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb und der Angebots- und Wertungsphase.
- 37** In der ersten Phase erfolgt die Bieterauswahl in einem förmlichen Verfahren. Die Anzahl der Bewerber ist hierbei unbegrenzt, die der späteren Bieter – im Gegensatz zum Offenen Verfahren – hingegen begrenzt.
- 38** Auch das Nichtoffene Verfahren wird durch eine europaweite Bekanntmachung eingeleitet (§§ 12, 16, 29 Abs. 4 SektVO). Die Erstellung der Vergabeunterlagen kann davor oder wie üblich danach erfolgen (§§ 7, 8 SektVO).
- 39** Am Auftrag interessierte Unternehmen stellen fristgerecht innerhalb der bekannt gemachten Bewerbungsfrist (in der Regel 37 Kalendertage) einen Teilnahmeantrag und weisen ihre Eignung nach.
- 40** Der Auftraggeber prüft in dieser ersten Phase die eingegangenen Teilnahmeanträge hinsichtlich der Form und der Eignung:
- 1. Prüfungsstufe – formale Prüfung der Teilnahmeanträge,
 - 2. Prüfungsstufe – materielle Eignungsprüfung.
- 41** Die erste Phase endet mit der Auswahl der Unternehmen zur Angebotsabgabe. Unternehmen, die nicht am Teilnahmewettbewerb teilgenommen haben, dürfen keine Angebote abgeben.¹⁵
- 42** Nachdem der Auftraggeber ungeeignete Bewerber ausgeschlossen hat, darf er auch gegenüber geeigneten Bewerber ermessensfehlerfrei davon absehen, sie zur Angebotsabgabe aufzufordern. Das folgt aus § 20 Abs. 2 Satz 1 SektVO, wonach der Sektorenauftraggeber die Anzahl der aufzufordernden geeigneten Bewerber unter Beachtung des Angemessenheitsgebots verringern

¹⁵ Vgl. OLG Karlsruhe v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08; VK Bund v. 22.02.2008 - VK 1 - 4/08.

kann. Ein ausreichender Wettbewerb muss jedoch gewährleistet sein (§ 20 Abs. 2 Satz 2 SektVO). Dem Teilnahmewettbewerb ist es immanent, dass auch geeignete Teilnehmer vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden dürfen. Ansonsten wäre die Bieterzahl bei gegebener Eignung nicht beschränkbar. Die in der VOB/A (und der VOL/A [nicht geregelt]) sonst übliche Festlegung einer Mindestanzahl aufzufordernder Bewerber („mindestens 5“) fehlt in der SektVO.

- 43** Die Entscheidung des Auftraggebers, wie viele und welche Bewerber er zur Angebotsabgabe auffordert, muss auf sachlichen und nachvollziehbaren Erwägungen beruhen. Sind solche Gründe nicht ersichtlich, insbesondere weder im Rahmen eines Vergabevermerks dokumentiert noch im Verfahren dargelegt, hat der Auftraggeber sein Auswahlermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt.¹⁶
- 44** In der zweiten Phase findet die Abgabe der Angebote mit entsprechender Wertung statt. Ausnahmsweise kann in dieser Phase eine erneute Eignungsprüfung erfolgen. Das Verfahren endet grundsätzlich nach Erteilung der Information der Bieter und Bewerber (§ 101a GWB) mit dem Zuschlag.

IV. Das Verhandlungsverfahren

1. Allgemeines

- 45** Verhandlungsverfahren sind gemäß § 101 Abs. 5 GWB Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber **mit** oder **ohne** vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln und auf diesem Wege den geeignetsten Bewerber zu ermitteln.¹⁷

2. Verfahrensgang beim Verhandlungsverfahren

- 46** Das Verhandlungsverfahren ist im Gegensatz zum Offenen Verfahren ein zweiphasiges Verfahren, bestehend aus einer **Auswahlphase** und einer **Verhandlungsphase**.

a. Auswahlphase

- 47** In der **Auswahlphase** wird zunächst eine beschränkte Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten ausgewählt. Im Falle einer vorherigen Bekanntmachung erfolgt die Auswahl in einem förmlichen Verfahren, dem sog. **Teilnahmewettbewerb**. Der Teilnahmewettbewerb mit den nachfolgenden Verhandlungen ist Teil des Vergabeverfahrens. Der Teilnahmewettbewerb und die nachfolgenden Verhandlungen bilden dabei einen einheitlichen Vorgang.¹⁸
- 48** In der vorgeschalteten Auswahlphase soll die Anzahl der Bieter eingegrenzt werden. Deshalb erfolgt die Eignungsprüfung (§ 20 Abs. 2 SektVO) im Gegensatz zu einem Offenen Verfahren vorab und nicht zusammen mit der abschließenden Wertung nach § 29 SektVO.¹⁹
- 49** Die teilnehmenden Unternehmen an dieser ersten Phase werden als „Bewerber“ bezeichnet.
- 50** Die Bewerber haben grundsätzlich keinen subjektiven Anspruch auf Angebotsabgabe und damit auf Teilnahme an der zweiten Phase des Verfahrens.²⁰

¹⁶ Vgl. BayObLG v. 20.04.2005 - Verg 26/04 - VergabeR 2005, 532 - ZfBR 2005, 595.

¹⁷ Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

¹⁸ Vgl. VK Baden-Württemberg v. 16.09.2008 - 1 VK 34/08.

¹⁹ Vgl. VK Baden-Württemberg v. 16.09.2008 - 1 VK 34/08.

²⁰ Vgl. OLG Naumburg v. 15.01.2002 - 1 Verg 5/00 - ZfBR 2002, 301.

- 51** Beim Verhandlungsverfahren **mit** öffentlichem Teilnahmewettbewerb beträgt die Bewerbungsfrist mindestens 37 Kalendertage (§ 17 Abs. 3 Nr. 1 SektVO), bei elektronischer Bekanntmachung mindestens 30 Kalendertage (§ 18 Abs. 2 Nr. 2 SektVO) und bei Dringlichkeit mindestens 15 Kalendertage. Unter Dringlichkeit ist die nach objektiven Gesichtspunkten festzustellende Notwendigkeit zu verstehen, kurzfristig den Auftragsgegenstand zu beschaffen.
- 52** Beim Verhandlungsverfahren **mit** öffentlichem Teilnahmewettbewerb sind die Verhandlungsteilnehmer aus dem Kreis der Bewerber auszuwählen. Für den Auftraggeber besteht jedoch die Möglichkeit, vorher eine oder mehrere als geeignet zu erachtende Unternehmen zu setzen. Das **Setzen von Verhandlungsteilnehmern** ist ausdrücklich in der SKR zugelassen, vgl. Anhang XIII, C, Nr. 15 der EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).²¹
- 53** Es sind so viele Bewerber zu berücksichtigen, dass ein Wettbewerb gewährleistet ist (§ 20 Abs. 2 Satz 2 SektVO). Die in VOB/A und VOF (nicht VOL/A) sonst übliche Festlegung einer Mindestanzahl aufzufordernder Bewerber („nicht unter drei“) fehlt in der SektVO.
- 54** Aus der Wahl des Verhandlungsverfahrens folgt keine Verpflichtung des Sektorenauftraggebers, mit allen Bietern zu verhandeln, die ein Angebot abgegeben haben.²²
- 55** Bei der Auswahl der Teilnehmer für ein Verhandlungsverfahren steht dem Auftraggeber ein **Beurteilungsspielraum** zu, den er unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebots ausfüllen muss.²³

b. Verhandlungsphase

- 56** Nach Ablauf der Angebotsfrist (regelmäßig 24 Kalendertage, gemäß § 17 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 SektVO, bei einvernehmlicher Regelung nicht weniger als zehn Kalendertage, gemäß § 17 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 SektVO) beginnt die anschließende **Verhandlungsphase**.
- 57** Unternehmen, die nicht am Teilnahmewettbewerb teilgenommen haben oder gesetzt worden sind, dürfen keine Angebote abgeben.²⁴ Ein dennoch abgegebenes Angebot kann nicht berücksichtigt werden.²⁵
- 58** In dieser zweiten Phase werden die Unternehmen aufgrund ihrer Angebotsabgabe als „Bieter“ bezeichnet.
- 59** Nur ausnahmsweise erfolgt in dieser Phase eine erneute Eignungsprüfung, nämlich dann, wenn nach Aufforderung zur Angebotsabgabe Tatsachen bekannt werden, die Zweifel an der Eignung des Bieters begründen.
- 60** Der Auftraggeber verhandelt also mit einem oder mehreren Unternehmen über die von diesen unterbreiteten Angebote, um sie entsprechend den in der Bekanntmachung, den Vergabeunterlagen und etwaigen sonstigen Unterlagen angegebenen Anforderungen anzupassen.
- 61** Charakteristisch für das Verhandlungsverfahren ist, dass
- der Leistungsgegenstand in den Vergabe- und Vertragsunterlagen nicht bereits in allen Einzelheiten festgeschrieben worden ist (in aller Regel funktionale Leistungsbeschreibung, die den Grundsätzen des § 7 Abs. 1 SektVO entsprechen muss) und

²¹ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

²² Vgl. VK Bund v. 12.12.2002 - VK 2 - 92/02.

²³ Vgl. OLG Düsseldorf v. 24.05.2007 - Verg 12/07 - IBR 2007, 703.

²⁴ Vgl. OLG Karlsruhe v. 15.10.2008 - 15 Verg 9/08; VK Bund v. 22.02.2008 - VK 1 - 4/08.

²⁵ Vgl. VK Nordbayern v. 25.11.2005 - 320.VK-3194-38/05.

- die Vergabe- und Vertragsunterlagen ebenso wie die Angebote in einem gewissen Rahmen abgeändert werden können.²⁶
- 62** Im Verhandlungsverfahren darf der Bieter Modifikationen seines Angebots während der Bindefrist vorlegen, solange und soweit der Auftraggeber auf die Bindung hinsichtlich einzelner Punkte des Angebots verzichtet hat.²⁷ Die Festlegung des Angebotsinhaltes, insbesondere bezüglich etwaiger vom Auftraggeber schon für die Abgabe der ersten Angebote aufgestellter Mindestanforderungen muss jedoch vor der Verhandlungsphase erfolgen.²⁸
- 63** Das Verhandlungsverfahren stellt einen **dynamischen Prozess** dar, in dem sich durch Verhandlungen sowohl auf Nachfrage- als auch auf Angebotsseite Veränderungen ergeben können.²⁹ Verhandeln bedeutet, dass Auftraggeber und potentielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer leistet und grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis³⁰ geliefert wird.
- 64** Ziel der Verhandlungen ist es, einen eindeutigen und hinreichend bestimmten Vertrag abzuschließen. Dies erfordert:
- Die **Leistung** muss grundsätzlich auch hier eindeutig und erschöpfend **beschrieben** werden³¹,
 - der **Preis** muss **bestimmt** werden,
 - es ist zu definieren, zu welchen **Konditionen** der Auftragnehmer liefert.
- 65** Es darf keine wesentlich andere Leistung beschafft werden als ursprünglich vorgesehen oder bekannt gemacht wurde.³² Wenn das Verhandlungsverfahren sich an ein aufgehobenes formstrengeres Vergabeverfahren mit Bekanntmachung anschließt, darf die Leistungsbeschreibung nicht wesentlich geändert werden, und es müssen alle Bieter, die ein formgültiges Angebot abgegeben haben, an dem Verhandlungsverfahren beteiligt werden.³³
- 66** Der Wettbewerbsgrundsatz gebietet es, dass der Auftraggeber grundsätzlich mit mehreren Bietern verhandeln muss.³⁴ Das Verhandlungsverfahren i.S.d. § 6 SektVO und § 101 Abs. 5 GWB lässt als einziges Verfahren jedoch auch Verhandlungen mit lediglich einem Unternehmen zu (Direktvergabe), wenn der Verzicht auf eine Bekanntmachung aufgrund eines Ausnahmetatbestandes (§ 6 Abs. 2 SektVO) gerechtfertigt ist.
- 67** Auch im Verhandlungsverfahren ist der Auftraggeber verpflichtet, die Bieter gleich zu behandeln. Er muss also allen Bietern die gleichen Informationen zukommen lassen und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Anforderungen Angebote abzugeben.³⁵

²⁶ Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

²⁷ Vgl. OLG Stuttgart v. 24.11.2008 - 10 U 97/08 - IBR 2009, 129.

²⁸ Vgl. OLG Düsseldorf v. 03.03.2010 - Verg 46/09.

²⁹ Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

³⁰ Vgl. OLG Stuttgart v. 24.11.2008 - 10 U 97/08 - IBR 2009, 129.

³¹ Vgl. OLG Düsseldorf v. 02.08.2002 - Verg 25/02 - IBR 2003, 216.

³² Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

³³ Vgl. OLG Bremen v. 03.04.2007 - Verg 2/07 - OLGR Bremen 2007, 525-527 - Klimahaus.

³⁴ Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

³⁵ Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

- 68** Das Verhandlungsverfahren kann in mehreren Verhandlungsrunden ablaufen, sog. **sukzessives Abschichten**. Nach jeder dieser Runden können Unternehmen ausscheiden³⁶, beispielsweise weil sie technisch nicht die gewünschte Leistung erbringen können oder wollen³⁷ oder sie aufgrund der angebotenen Preise keinerlei Aussicht auf den Zuschlag haben³⁸. Als Abschluss der Verhandlungsrunden wird ein Vertrag mit dem Unternehmen geschlossen, das sich zum Schluss mit dem wirtschaftlichsten Angebot durchgesetzt hat.
- 69** Hinsichtlich einer Frist zur Einreichung von Angeboten zum Ablauf jeder Runde existiert für Sektorenauftraggeber weder gesetzlich noch in der SektVO eine bestimmte Vorgabe. Die von den Vergabestellen festzusetzende Frist sollte in Anlehnung an § 17 Abs. 1 SektVO stets angemessen sein und eine Dauer von 10 Kalendertagen entsprechend § 17 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 SektVO nicht unterschreiten.
- 70** Gegenstand des Zuschlags im Verhandlungsverfahren ist das Angebot in der Form der letzten Modifikation.³⁹

3. Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung

- 71** Dem Sektorenauftraggeber steht es grundsätzlich frei, im Verhandlungsverfahren **nach** öffentlicher Bekanntmachung auszuschreiben (§ 6 Abs. 1 SektVO). Nur in seltenen Ausnahmefällen darf auf die Vergabebekanntmachung verzichtet werden (§ 6 Abs. 2 SektVO).
- 72** Die Anwendungsfälle des Verhandlungsverfahrens **ohne** öffentliche Bekanntmachung sind in § 6 Abs. 2 SektVO abschließend⁴⁰ geregelt. Wegen ihres Ausnahmecharakters werden sie eng ausgelegt.⁴¹ Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast für deren Vorliegen.⁴²
- 73** Dem Auftraggeber bleibt es grundsätzlich unbenommen, freiwillig formstrenger auszuschreiben und einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb vorzuschalten. Denn die Wahl eines Verfahrens mit mehr Wettbewerb ist vergaberechtlich eher wünschenswert und keinesfalls rechtswidrig. Außerdem verfügt ein Unternehmen über kein subjektives Recht auf Schutz vor Konkurrenz in einem fairen wettbewerblichen Verfahren.⁴³

a. Kein Angebot, keine geeigneten Angebote oder keine Bewerbung

- 74** Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung
- kein Angebot,
 - keine geeigneten Angebote oder
 - keine Bewerbung
- abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden.

³⁶ Vgl. OLG Frankfurt v. 10.04.2001 - 11 Verg 1/01 - IBR 2001 507, Entscheidungsbesprechung *Horn*; OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299-303.

³⁷ Vgl. OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299.

³⁸ Vgl. OLG Frankfurt v. 10.04.2001 - 11 Verg 1/01 - IBR 2001 507, Entscheidungsbesprechung *Horn*; OLG Celle v. 16.01.2002 - 13 Verg 1/02 - VergabeR 2002, 299-303.

³⁹ Vgl. OLG Stuttgart v. 24.11.2008 - 10 U 97/08 - IBR 2009, 129.

⁴⁰ Vgl. EuGH v. 13.01.2005 - Rs. C-84/03 - Slg. 2005, I-139 - VergabeR 2005, 176, Rn. 47; VK Sachsen v. 17.12.2007 - 1/SVK/073-07.

⁴¹ Vgl. EuGH v. 08.04.2008 - Rs. C-337/05 - EuZW 2008 - 372, Rn. 56 f. - Kommission/Italienische Republik.

⁴² Vgl. EuGH v. 02.06.2005 - Rs. C-394/02 - Slg. 2005, I-4713, Rn. 33 - Kommission/Griechenland; EuGH v. 10.04.2003 - verb Rs. C-20/01 und C-28/01 - NVwZ 2003, 1231, Rn. 58 - Kommission/Deutschland; EuGH v. 03.05.1994 - Rs. C-328/92 - Slg. 1994, I-1569, Rn. 12 - Kommission/Spanien.

⁴³ Vgl. OLG Naumburg v. 13.05.2008 - 1 Verg 3/08 - VergabeR 2009, 91, Rn. 22.

- 75** Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. a) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁴⁴
- 76** Keine geeigneten Angebote sind solche ursprünglichen Angebote, die nicht zum Zuschlag geeignet gewesen sind.
- 77** Dabei ist der Begriff „geeignet“ als unbestimmter Rechtsbegriff von der Nachprüfungsinstanz voll überprüfbar. Allerdings steht dem Auftraggeber, den die volle Darlegungslast für dessen Vorliegen trifft, dabei ein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum (Fallgruppe: Einschätzungsprärogative⁴⁵ – wertende Entscheidung mit Prognosecharakter) zu.
- 78** Die Gründe für die Prognoseentscheidung sind im Vergabevermerk zu dokumentieren.
- 79** Der Anwendungsbereich ist auf keinen Fall auf mangelhafte Angebote wegen nicht geeigneter Bieter beschränkt. Auch ein nicht wirtschaftliches Angebot stellt ein ungeeignetes Angebot dar.
- 80** Kein wirtschaftliches Angebot liegt dann vor, „wenn selbst das Mindestangebot für zu hoch befunden werden muss, weil es nicht in einem angemessenen Preis-Leistungs-Verhältnis steht“.⁴⁶ Bei der Prüfung, ob ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung vorliegt, muss auf den aktuellen Wert der angebotenen Leistung abgestellt werden.⁴⁷
- 81** Eine Änderung der ursprünglichen Vergabe- und Vertragsunterlagen ist nur dann unzulässig, wenn sie als wesentlich anzusehen ist. Eine strikte Bindung an die Leistungsbeschreibung und den Inhalt der Vergabeunterlagen des vorangegangenen Vergabeverfahrens besteht daher nicht.⁴⁸ Eine **grundlegende** (bzw. wesentliche) **Veränderung** der ursprünglichen Auftragsbedingungen liegt insbesondere dann vor, wenn diese Veränderungen, hätten sie schon ursprünglich bestanden, vermutlich dazu geführt hätten, dass
- andere Bieter ein Angebot hätten einreichen können oder
 - ein als ungeeignet ausgeschlossener Bieter hätte als geeignet betrachtet werden können.⁴⁹
- 82** Eine Änderung kann auch dann als grundlegend angesehen werden, wenn sie das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zu Gunsten des Auftragnehmers ändert.⁵⁰
- 83** Allerdings ist der öffentliche Auftraggeber in dem neuen Verhandlungsverfahren nicht gezwungen, die ursprünglichen Zuschlagskriterien nebst Gewichtung anzuwenden.⁵¹ Eine solche Änderung der Bedingungen des Vergabeverfahrens, die den Auftragsgegenstand der ursprünglichen Ausschreibung unberührt lassen, stellt keine grundlegende Änderung dar.⁵²
- 84** Der öffentliche Auftraggeber muss schließlich in das neue Verhandlungsverfahren alle Bieter aus dem vorausgegangenen Verfahren einbeziehen, die fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig sind.

⁴⁴ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁴⁵ Vgl. BVerfG v. 22.02.1972 - I C 24.69 - BVerwGE 39, 329, 334.

⁴⁶ Vgl. *Kulartz* in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, Kommentar zur VOB/A, § 3a Rn. 114.

⁴⁷ Vgl. VK Baden-Württemberg v. 26.09.2008 - 1 VK 33/08 - juris Rn. 75.

⁴⁸ Vgl. OLG Düsseldorf v. 03.03.2010 - Verg 46/09 - juris Rn. 41.

⁴⁹ Vgl. EuGH v. 04.06.2009 - Rs. C-250/07 - IBR 2009, 403, Rn. 52 - Kommission/Griechenland; EuGH v. 19.06.2008 - C-454/06 - NVwZ 2008, 865, Rn. 35 - presstext.

⁵⁰ Vgl. EuGH v. 19.06.2008 - C-454/06 - NVwZ 2008, 865, Rn. 37 - presstext.

⁵¹ Vgl. *Kulartz* in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, Kommentar zur VOB/A, § 3a Rn. 117.

⁵² Vgl. KG Berlin v. 20.04.2011 - Ver 2/11 - juris Rn. 23 f.

85 Die Ausnahmenvorschrift ist dahin zu ergänzen, dass die Inanspruchnahme dieses Ausnahmetatbestandes nur zulässig sein kann, wenn bei Rückgriff auf alle Bieter, die im vorangegangenen Verfahren ein vollständiges und rechtzeitiges Angebot abgegeben haben und als geeignet angesehen worden sind, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet ist.⁵³

86 Diejenigen Bieter, die zuvor aus formalen Gründen ausgeschlossen worden sind, dürfen in dem neuen Verfahren nicht einbezogen werden, selbst wenn sie geeignet sein sollten. Die Beteiligung einzelner weiterer Bieter hätte, ohne dass dieser Kreis durch eine (allgemeine) öffentliche Bekanntmachung bestimmt würde, eine erhebliche Missbrauchsgefahr durch das gezielte Aussuchen einzelner Bieter seitens der Auftraggeber zur Folge.⁵⁴

b. Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- und Entwicklungszwecke

87 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ausnahmsweise ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb zulässig, wenn der betroffene Auftragsgegenstand **nur** zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken und nicht mit dem Ziel der Rentabilität oder der Deckung der Entwicklungskosten durchgeführt wird. Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. b) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁵⁵

88 Das geforderte Fehlen eines Ziels der Rentabilität oder der Deckung der Entwicklungskosten führt dazu, dass die praktische Relevanz dieser Vorschrift gegen Null geht. Denn dieses Ziel darf nicht einmal als ein Nebenziel angelegt sein.

c. Ausschließlichkeitsrechte

89 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 3 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftrag

- aus technischen oder künstlerischen Gründen oder
 - aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten
- nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann.

90 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. c) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁵⁶

91 Die erste Variante betrifft eine (ausschließliche) **tatsächliche** Befähigung des Unternehmens, die zweite Variante eine **rechtliche** Notwendigkeit.⁵⁷

92 Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens sinnwidrig, weil tatsächlich unmöglich ist, wenn der zu vergebende Auftrag ohnehin zwingend nur von einem Unternehmen erbracht werden kann.⁵⁸

93 Die Voraussetzungen sind erst erfüllt, wenn europaweit nur ein einziges Unternehmen technisch imstande ist, den Auftrag auszuführen. Diesen Umstand muss der Auftraggeber hinreichend belastbar darlegen.⁵⁹ Bereits die **Möglichkeit**, dass andere Unternehmen die erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen **Fähigkeiten erwerben**, schließt dies aus.⁶⁰

⁵³ Vgl. OLG Naumburg v. 13.05.2008 - 1 Verg 3/08 - VergabeR 2009, 91, Rn. 21.

⁵⁴ Vgl. OLG Bremen v. 03.04.2007 - Verg 2/07 - IBR 2007, 584; a.A. OLG Naumburg v. 13.05.2008 - 1 Verg 3/08 - VergabeR 2009, 91, Rn. 22 f.

⁵⁵ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁵⁶ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁵⁷ Zur Variante der rechtlichen Notwendigkeit: OLG Frankfurt v. 30.08.2011 - 11 Verg 3/11 - juris Rn. 74.

⁵⁸ Vgl. *Kaeble* in: Müller-Wrede, VOL/A, 3. Aufl. 2010, § 3 EG Rn. 132.

⁵⁹ Vgl. VK Arnsberg v. 19.01.2012 - VK 17/11 - juris Rn. 64.

⁶⁰ Vgl. OLG Karlsruhe v. 21.07.2010 - 15 Verg 6/10 - IBR 2010, 581.

- 94** Die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes bleibt dabei alleiniges Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers.⁶¹
- 95** Denn der Beschaffungsgegenstand wird auch im Falle der Möglichkeit, dass andere Unternehmen die erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Fähigkeiten erwerben, nicht berührt, zumal auch der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands keine sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen zugrunde liegen dürfen.⁶²
- 96** Um von einem Vorliegen technischer oder künstlerischer Gründe auszugehen, die nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden können, müssen zwei Bedingungen kumulativ erfüllt sein⁶³:
- Zum einen müssen die Arbeiten, die Gegenstand des Auftrags sind, eine technische oder künstlerische Besonderheit aufweisen, und
 - zum anderen muss es auf Grund dieser technischen oder künstlerischen Besonderheit **unbedingt** erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen in der europäischen Union zu vergeben.
- 97** Als „unbedingt erforderlich“ kann dabei auch gelten, dass die Beauftragung eines anderen Unternehmens den Erhalt von Bauleistungen mit abweichenden technischen Merkmalen zur Folge hätte und diese Abweichungen zu unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten beim Gebrauch führen würden. Daran fehlt es, wenn auch ein drittes Unternehmen im Gebiet der europäischen Union (rechtlich und tatsächlich) dazu in der Lage ist, den Ersatz- oder Ergänzungsbedarf zu decken und Waren zu liefern, die mit denjenigen der ursprünglichen Anschaffung identisch sind.⁶⁴
- 98** Ausschließlichkeitsrechte sind etwa:
- Patente,
 - Urheberrechte (beispielsweise Reparaturarbeiten an einem Kunstwerk, etwa einer Skulptur) und darauf bezogene Lizenzen wegen ihrer ähnlich monopolisierenden Wirkung,⁶⁵
 - Warenzeichen,
 - sonstige gewerbliche Schutzrechte,
 - behördliche Genehmigungen,⁶⁶
 - langfristig bindende Verträge,⁶⁷
 - Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte.⁶⁸

d. Äußerste Dringlichkeit

- 99** Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 4 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, soweit
- **zwingend** erforderlich,
 - weil es bei äußerster Dringlichkeit
 - im Zusammenhang mit Ereignissen,
 - die die Auftraggeber **nicht vorhersehen** konnten,

⁶¹ Vgl. OLG Düsseldorf v. 17.02.2010 - VII-Verg 42/09 - IBR 2010, 222.

⁶² Vgl. OLG Karlsruhe v. 21.07.2010 - 15 Verg 6/10 - IBR 2010, 581.

⁶³ Vgl. EuGH v. 02.06.2005 - C-394/02 - VergabeR 2005, 467, 470 Rn. 34.

⁶⁴ Vgl. OLG Düsseldorf v. 28.05.2003 - Verg 10/03 - NZBau 2004, 175.

⁶⁵ Vgl. *Müller-Wrede* in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 18. Aufl. 2013, § 3 EG Rn. 31.

⁶⁶ OLG Frankfurt v. 30.08.2011 - 11 Verg 3/11 - juris Rn. 74.

⁶⁷ OLG Frankfurt v. 30.08.2011 - 11 Verg 3/11 - juris Rn. 74.

⁶⁸ OLG Frankfurt v. 30.08.2011 - 11 Verg 3/11 - juris Rn. 73.

- nicht möglich ist, die in den Vergabeverfahren mit Bekanntmachung vorgesehenen Fristen einzuhalten.

100 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. d) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁶⁹

101 Unter Dringlichkeit wird die nach objektiven Gesichtspunkten festzustellende Notwendigkeit verstanden, kurzfristig den Auftragsgegenstand zu beschaffen.

102 Die Dringlichkeit muss eine „äußerste“ sein. Entsprechend müsste ein Abwarten für den Sektorauftraggeber unzumutbar sein.

103 Wegen des Ausnahmecharakters ist der Begriff der „äußersten Dringlichkeit“ eng auszulegen. Die den Begriff ausfüllenden Umstände sind vom Auftraggeber darzulegen und nötigenfalls zu beweisen.⁷⁰

104 Die äußerste Dringlichkeit kann beispielsweise gegeben sein,

- wenn bei Insolvenz des Auftragnehmers der Insolvenzverwalter den öffentlichen Auftrag kündigt;⁷¹
- wenn im Falle von Naturkatastrophen⁷², Seuchen oder Epidemien (BSE⁷³, Schweinegrippe etc.) bei für sofort vollziehbar erklärten behördlichen Verfügungen oder auch Terrorgefahr⁷⁴ die erforderliche Zeit nur für ein Verhandlungsverfahren ausreicht.

105 Das Ereignis, welches für die äußerste Dringlichkeit ursächlich gewesen sein muss, muss für den Auftraggeber unvorhersehbar gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn der Auftraggeber das Ereignis tatsächlich nicht vorhergesehen hat und wenn er es auch aus objektiver Sicht eines für den Auftrag geeigneten Unternehmens nicht hätte prognostizieren können. Im Gegensatz zum „klassischen Vergabebereich“ kommt es im Sektorenbereich hingegen nicht darauf an, ob der Auftraggeber diese Ereignisse **verursacht** hat.

106 Zwischen den unvorhersehbaren Ereignissen und den zwingenden Gründen für die Unmöglichkeit der Einhaltung der Fristen muss ein Kausalzusammenhang bestehen.⁷⁵

e. Zusätzliche Lieferungen zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung von (gängigen) Lieferungen oder (bestehenden) Einrichtungen

107 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 5 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung darüber hinaus ausnahmsweise zulässig,

- im Fall von Lieferaufträgen für zusätzliche, vom ursprünglichen Lieferanten durchzuführende Lieferungen,
 - die entweder zur teilweisen Erneuerung von gängigen Lieferungen oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind,
 - wenn ein Wechsel des Lieferanten den Auftraggeber zum Kauf von Material unterschiedlicher technischer Merkmale zwänge und
 - dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich brächte.

⁶⁹ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁷⁰ Vgl. EuGH v. 14.09.2004 - Rs. C-385/03 - VergabeR 2004, 710, 713.

⁷¹ Vgl. VK Bund v. 29.06.2005 - VK 3-52/05.

⁷² Vgl. OLG Düsseldorf v. 17.07.2002 - Verg 30/02 - VergabeR 2003, 55, 58.

⁷³ Vgl. OLG Schleswig v. 04.05.2001 - 6 Verg 2/2001.

⁷⁴ Vgl. OLG Düsseldorf v. 17.07.2002 - Verg 30/02 - VergabeR 2003, 55, 56.

⁷⁵ Vgl. VK Düsseldorf v. 15.08.2003 - VK-23/2003-L.

108 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. e) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁷⁶ Der Tatbestand der Vorschrift ist weitgehend selbsterklärend. Bei der Frage, ob es infolge eines Lieferantenwechsels zu technischen Unvereinbarkeiten oder unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten kommen kann, steht dem Sektorenauftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist im Zweifel der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig. Zu empfehlen ist daher dringend, die entsprechenden Erwägungen sorgfältig in der Vergabeakte zu dokumentieren.

109 Im Gegensatz zum „klassischen Vergabebereich“ kommt es im Sektorenbereich hingegen nicht zu einer Begrenzung der Laufzeit (vgl. § 3 EG Abs. 4 lit. e) Satz 2 VOL/A bzw. § 3 EG Abs. 5 Nr. 6 Satz 3 VOB/A).

110 Die zusätzliche Lieferung darf den ursprünglichen Auftragsgegenstand nicht als Ganzes ersetzen.⁷⁷

f. Zusätzliche Leistungen bei unvorhergesehenem Ereignis

111 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 6 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn

- bei **zusätzlichen** Bau- oder Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglich vergebenen Auftrag vorgesehen waren,
- die aber wegen eines **unvorhergesehenen** Ereignisses zur Ausführung dieses Auftrags erforderlich sind,
- sofern der Auftrag an das Unternehmen vergeben wird, das den ursprünglichen Auftrag ausführt,
 - wenn sich diese zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber vom ursprünglichen Auftrag trennen lassen (lit. a)) oder
 - wenn diese zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind (lit. b)).

112 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. f) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁷⁸ Der Tatbestand der Vorschrift ist weitgehend selbsterklärend. Bei der Frage, ob sich die zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht **nicht ohne wesentlichen Nachteil** für den Auftraggeber vom ursprünglichen Auftrag trennen lassen (lit. a)) oder ob die zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen für die Vollendung des ursprünglichen Auftrags **unbedingt erforderlich** sind (lit. b)), steht dem Sektorenauftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu. Für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ist im Zweifel der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig. Zu empfehlen ist daher dringend, die entsprechenden Erwägungen sorgfältig in der Vergabeakte zu dokumentieren.

113 Im Gegensatz zum „klassischen Vergabebereich“ findet im Sektorenbereich hingegen keine Begrenzung des Auftragswertes statt (vgl. § 3 EG Abs. 4 lit. f) Satz 2 VOL/A bzw. § 3 EG Abs. 5 Nr. 5 a.E. VOB/A).

⁷⁶ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁷⁷ Vgl. OLG Frankfurt v. 10.07.2007 - 11 Verg 5/07 - VergabeR 2008, 275, 279 - Optionskommune.

⁷⁸ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

g. Wiederholung gleichartiger Bauleistungen

114 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 7 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig bei neuen Bauaufträgen,

- die in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bestehen,
- die vom selben Auftraggeber an den Auftragnehmer des ursprünglichen Auftrags vergeben werden,
- sofern diese Bauleistungen einem Grundentwurf entsprechen und
- dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrags war,
- der nach einer Bekanntmachung vergeben wurde.

Die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung muss bereits bei der Bekanntmachung für den ersten Bauabschnitt angegeben werden.

115 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. g) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁷⁹

116 Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist das Erfordernis, dass die Möglichkeit der Beauftragung gleichartiger Bauleistungen bereits bei der Bekanntmachung für den ersten Bauabschnitt mit angegeben worden sein muss. Eine solche Angabe stellt allerdings klassischerweise eine **Option** dar und sollte auch dementsprechend behandelt werden. Dies hat zur Folge, dass die Vorschrift des § 6 Abs. 2 Nr. 7 SektVO praktisch leer laufen dürfte.

h. Lieferung von an Börsen gehandelten Waren

117 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 8 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn es sich um die Lieferung von Waren handelt, die an Börsen notiert und gekauft werden.

118 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. h) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁸⁰ Dogmatischer Hintergrund für die Ausnahme ist, dass wegen der sich ständig ändernden wirtschaftlichen Konditionen börsengehandelte Waren einer Vergabe in einem Vergabeverfahren mit den entsprechenden Fristen nicht zugänglich sind.

119 Eine Börse ist ein auf Dauer angelegter organisierter Markt, der nach bestimmten Regeln vertretbare Sachen handelt. Der organisierte Markt kann dabei auch ein reiner elektronischer Marktplatz sein.

120 Als Börsen kommen insbesondere in Betracht:

- Rohstoffbörsen,
- Gasbörsen,
- Strombörsen,
- Kohlendioxid-Emissions-Zertifikat-Börsen.

121 Darauf hinzuweisen ist, dass der Ausnahmetatbestand nicht etwa deshalb ausscheidet, weil die entsprechende Ware außer an einer Börse auch anderweitig bezogen werden kann (z.B. Strom). Insofern steht dem Sektorenauftraggeber ein Wahlrecht zu.

i. Aufträge aufgrund einer Rahmenvereinbarung

122 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 9 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn

- Aufträge auf Grund einer Rahmenvereinbarung (§ 9 SektVO) vergeben werden sollen,

⁷⁹ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁸⁰ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

- sofern die Rahmenvereinbarung nach den Bestimmungen der SektVO geschlossen wurde.

123 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. i) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁸¹

124 § 6 Abs. 2 Nr. 9 SektVO regelt die Vergabe von Folgeaufträgen aufgrund einer Rahmenvereinbarung.

125 Das Wechselspiel zwischen § 6 Abs. 2 Nr. 9 SektVO und § 9 Abs. 2 SektVO gestaltet sich dabei wie folgt: Ist die Rahmenvereinbarung in einem Vergabeverfahren **mit** öffentlicher Bekanntmachung geschlossen worden, darf der Folgeauftrag ausnahmsweise **ohne** eine vorherige Bekanntmachung im Verhandlungsverfahren gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 9 SektVO vergeben werden. Ist die Rahmenvereinbarung hingegen in einem Verhandlungsverfahren **ohne** öffentliche Bekanntmachung (§ 6 Abs. 2 SektVO) vergeben worden, hat der Folgeauftrag grundsätzlich in einem Vergabeverfahren **mit** öffentlicher Bekanntmachung zu erfolgen (vgl. § 9 Abs. 2 SektVO). In diesem Fall scheidet die Anwendung von § 6 Abs. 2 Nr. 9 SektVO aus. Lediglich wenn im letztgenannten Fall der Folgeauftrag selbst auf einen Ausnahmetatbestand des § 6 Abs. 2 SektVO ohne die Nr. 9 gestützt werden kann, darf entgegen § 9 Abs. 2 SektVO **ohne** öffentliche Bekanntmachung ausgeschrieben werden. Denn ansonsten läge ein Wertungswiderspruch vor, weil nicht ersichtlich wäre, warum ein Folgeauftrag formstrenger zu vergeben wäre als ein vergleichbarer „einfacher“ Auftrag.

j. Besonders günstige Gelegenheit zur Warenbeschaffung

126 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 10 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn

- Waren auf Grund einer **besonders günstigen** Gelegenheit,
- die sich für einen **sehr kurzen** Zeitraum ergeben hat,
- zu einem Preis beschafft werden können, der **erheblich** unter den marktüblichen Preisen liegt.

127 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. j) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁸²

128 Den Auftraggeber trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen.⁸³

Die besondere Gelegenheit sollte sich einem Sektorenauftraggeber geradezu aufdrängen. Außerdem sollte der marktübliche Preis vom Sektorenauftraggeber sorgfältig analysiert sowie prognostiziert und zusammen in dem zu fertigenden Vergabevermerk dokumentiert werden.

k. Besonders günstige Warenbeschaffung aufgrund Geschäftsaufgabe oder Insolvenz

129 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 11 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise auch zulässig, wenn

- Waren zu besonders günstigen Bedingungen
 - von einem Lieferanten, der seine Geschäftstätigkeit endgültig aufgibt oder
 - bei Insolvenzverwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahrens

gekauft werden sollen.

130 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. k) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁸⁴

⁸¹ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁸² EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

⁸³ Vgl. EuGH v. 02.06.2005 - Rs. C-394/02 - Slg. 2005, I-4713, Rn. 33 - Kommission/Griechenland; EuGH v. 10.04.2003 - verb Rs. C-20/01 und C-28/01 - NVwZ 2003, 1231, Rn. 58 - Kommission/Deutschland; EuGH v. 03.05.1994 - Rs. C-328/92 - Slg. 1994, I-1569, Rn. 12 - Kommission/Spanien.

⁸⁴ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).

131 Das Vorliegen der besonders günstigen Bedingungen sollte vom Sektorenauftraggeber sorgfältig analysiert sowie bezogen auf anderweitig zu zahlende Preise prognostiziert und zusammen in dem Vergabevermerk dokumentiert werden.

I. Auftrag im Anschluss an ein Auslobungsverfahren

132 Gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 12 SektVO ist ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung ausnahmsweise zulässig, wenn

- im Anschluss an ein Auslobungsverfahren
- der Dienstleistungsauftrag nach den in § 11 SektVO festgelegten Bestimmungen
 - an den Gewinner oder
 - an einen der Gewinner des Auslobungsverfahrens
- vergeben werden **muss**.
 - Im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Auslobungsverfahrens zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.

133 Die Vorschrift beruht auf Art. 40 Abs. 3 lit. I) EU-Richtlinie 2004/17/EG (SKR).⁸⁵

134 Da bereits ein Wettbewerb stattgefunden hat, darf die darin zwingend angelegte nachfolgende Vergabe **ohne** öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Bei mehreren Gewinnern des Auslobungsverfahrens muss aus Gleichbehandlungsgründen jeder von ihnen zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren aufgefordert werden.

⁸⁵ EU-Richtlinie 2004/17/EG v. 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (SKR).