

KOINNO ROADSHOW: Leistungsbeschreibung

Online-Veranstaltung
29.11.2021

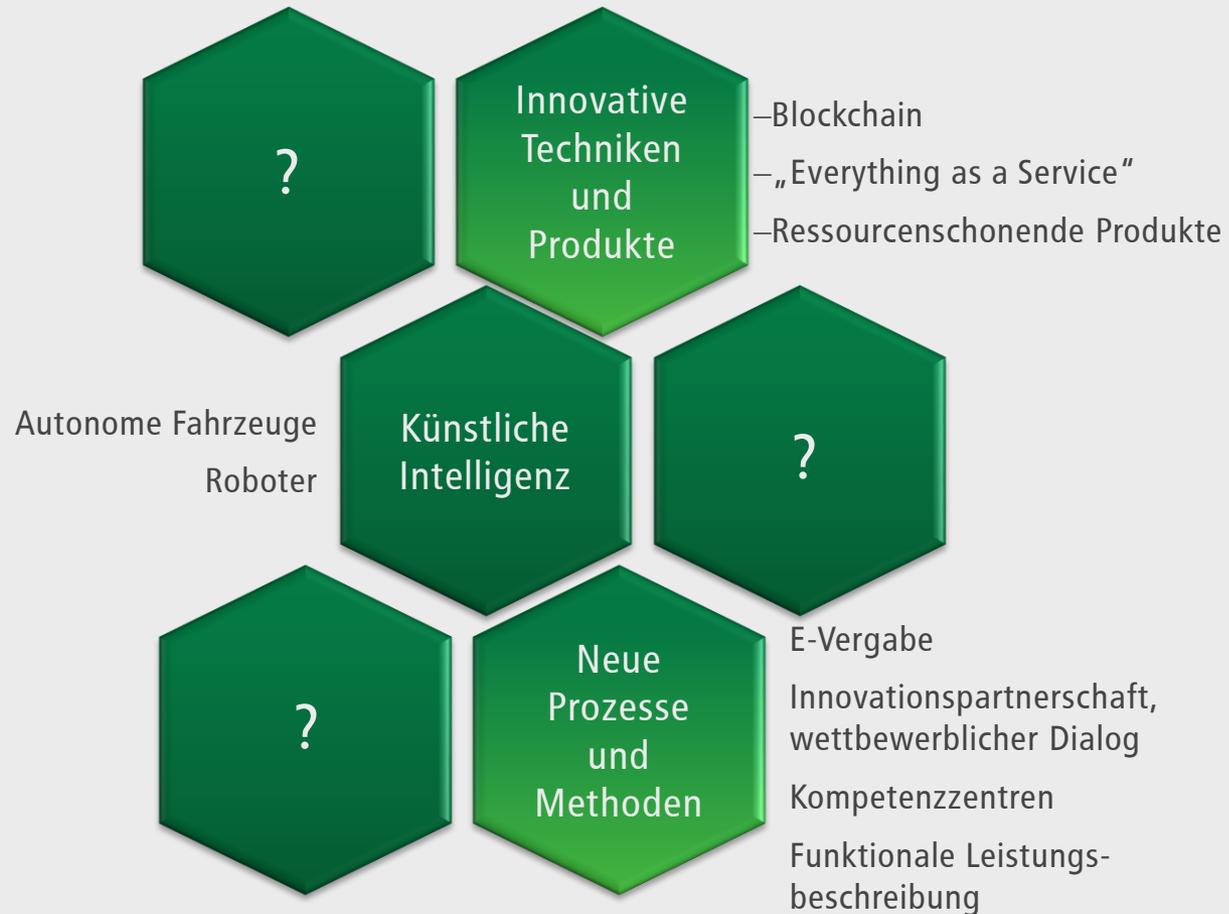
Dr. Rebecca Schäffer, MJJ

avocado rechtsanwälte
spichernstraße 75-77
50672 köln
t +49 [0]221.39 07 10
f +49 [0]221.39 07 129
e-mail koeln@avocado.de
www.avocado.de



Chancen und Risiken innovativer öffentlicher Beschaffung

Was bedeutet eigentlich „Innovation“?



Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Was bedeutet „Innovation“?

- ▶ Innovation kann letztlich alles sein, was grundlegend neu ist oder erneuert bzw. weiterentwickelt wurde.
- ▶ Die OECD definiert eine Innovation wie folgt:
„Eine Innovation ist die Einführung eines neuen oder signifikant verbesserten Produkts (oder auch eine Dienstleistung), eines neuen Prozesses oder einer neuen Marketing- oder Organisationsmethode in die Geschäftspraxis, die Arbeitsabläufe oder die externen Beziehungen.“

Quelle: OECD/Eurostat (2005): „OSLO Manual: Guidelines for collecting and interpreting innovation data“, 3. Aufl., Paris: OECD/Eurostat, S. 46

- ▶ Dementsprechend können vier Arten von Innovationen unterschieden werden.
 - **Produkt- und Dienstleistungsinnovation**
 - **Prozessinnovation**
 - Marketinginnovation
 - Organisationsinnovation

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

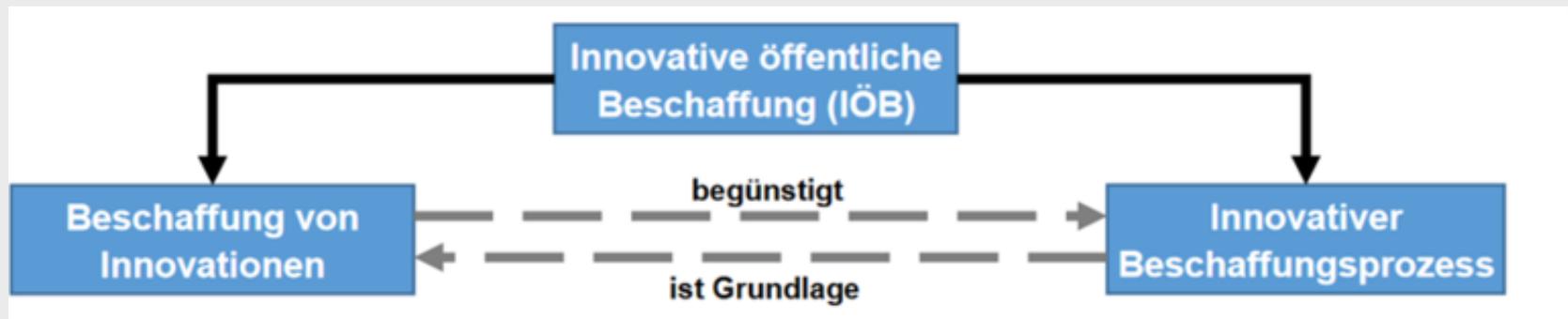
Gesetzliche Vorgaben und Grundlagen von iöB

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

§ 97 Grundsätze der Vergabe

- (1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) **Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.**

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)



(Quelle: FoRMöB/ BME (2016): „Konzeption einer innovativen öffentlichen Beschaffung (iöB) – Definition und Handlungsansätze für eine innovative Beschaffung im öffentlichen Sektor“, S. 20).

➔ Je besser die öffentliche Beschaffung strukturell und prozessual aufgestellt ist, desto einfacher wird es mit der eigentlichen Beschaffung von innovativen Lösungen!

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Innovationsstrukturen und Innovationsprozesse

- ▶ **Innovationsstrukturen:**
 - Expertennetzwerke
 - Externer Erfahrungsaustausch
 - Interner Erfahrungsaustausch
 - Benchmarking

- ▶ **Innovationsprozesse:**
 - Ganzheitliches Projektmanagement
 - Interdisziplinäre Projekt-Teams
 - Einbindung der Bedarfsträger als interne Kunden
 - Anreize für Beschaffer

Strategische Beschaffung

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Innovationsmethoden und -instrumente

- ▶ **Innovationsmethoden:**
 - Markterkundung
 - Zulassung von Nebenangeboten
 - Funktionale Leistungsbeschreibungen
 - MEAT-Ansatz bzw. Lebenszykluskostenberechnung

- ▶ **Innovationsinstrumente:**
 - Verhandlungsverfahren
 - Wettbewerblicher Dialog
 - Innovationspartnerschaft

Chancen und Potenziale innovativer öffentlicher Beschaffung (iöB)

Schlussfolgerungen für das heutige Schwerpunktthema

- ▶ **iöB fordert und fördert das Verlassen „eingetretener Pfade“ bei der Beschaffung**
 - Daraus entstehen regelmäßig – jedenfalls anfänglich – Unsicherheiten auf Seiten der Beschaffer/Auftraggeber, aber auch der Bieter

- ▶ **iöB erfordert komplexere Verfahren und Wertungsmethoden**
 - Hohe Anforderungen gemäß den Grundsätzen der Transparenz, Gleichbehandlung und des (fairen) Wettbewerbs

- ▶ **iöB bietet aber auch Möglichkeiten und Spielräume, „besser“ zu beschaffen**
 - Gezielte Beschaffung von Innovationen
 - Förderung von innovativen Leistungen durch „offene“ Leistungsbeschreibungen und „innovationsfreundliche“ Bewertungssysteme
 - Nutzen von Instrumenten zur Absicherung der innovativen Beschaffung / Beschaffung von Innovationen (z.B. Ex-ante-Bekanntmachung, Markterkundung, Dokumentation)



Vergaberechtliches Schwerpunktthema:
„Leistungsbeschreibung“

KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Leistungsbestimmungsfreiheit vs. Diskriminierungsverbot: Quo vadis?
2. Vergaberechtliche Anforderungen an Leistungsbeschreibungen
3. Produktneutrale vs. produktspezifische Leistungsbeschreibung
4. Zusätzliche Ausführungsbestimmungen

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung als Teil der Vergabeunterlagen

- ▶ Die **Vergabeunterlagen** umfassen alle Angaben, die erforderlich sind, um eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe zu ermöglichen.
- ▶ Sie bestehen in der Regel aus
 - a) dem **Anschreiben** (Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen),
 - b) Der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (**Bewerbungsbedingungen**), einschließlich der Angabe der Zuschlagskriterien, sofern nicht in der Bekanntmachung bereits genannt und
 - c) den Vertragsunterlagen, die aus **Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen** bestehen.

(§ 29 Abs. 1 VgV; § 8 Abs. 1 VOB/A(-EU); § 16 Abs. 1 VSVgV; § 21 UVgO; § 8 Abs. 1 VOL/A; keine spezifische Regelung in der SektVO)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Ausgangspunkt: Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers (1)

- ▶ Grundsätzlich gilt, dass der Gegenstand der Beschaffung der freien Bestimmung des öffentlichen Auftraggebers unterliegt (**Leistungsbestimmungsrecht**).
- ▶ Er hat in den Vergabeunterlagen festzulegen, **welche Eigenschaften und Beschaffenheitsmerkmale die Leistung aufweisen soll**.
- ▶ Dagegen können Bieter nicht mit Erfolg beanspruchen, dem Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Merkmalen und Eigenschaften, als von ihm festgelegt worden ist, anzudienen (OLG Düsseldorf v. 22.10.2009, Verg 25/09).
- ▶ Es besteht auch **keine Verpflichtung des Auftraggebers**, mögliche oder tatsächlich bestehende **Wettbewerbsvor- oder -nachteile** potentieller Bieter durch die Gestaltung des Vergabeverfahrens und der Leistungsbeschreibung **auszugleichen** (vgl. VK Bund v. 29.02.2016, VK 2 – 36/15).

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Ausgangspunkt: Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers (2)

- ▶ Insofern sind die Vorschriften des Vergaberechts „im Lichte des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers auszulegen und anzuwenden“ (OLG Düsseldorf v. 03.03.2010, Verg 46/09; VK Münster v. 18.03.2010, VK 1/10).
- ▶ Von Vorgaben der Ausschreibung/Leistungsbeschreibung darf der Bieter **nicht eigenmächtig abweichen**, ansonsten ist sein Angebot (i.d.R.) auszuschließen.
- ▶ Vielmehr muss der Bieter „Veränderungsvorschläge“ im Rahmen des Vergabeverfahrens an den Auftraggeber adressieren und eine entsprechende Anpassung der Vergabeunterlagen anregen (siehe dazu noch später im 360°-Blick).

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit: Bevorzugungspflicht für umweltfreundliche Erzeugnisse

- ▶ Seit einigen Jahren halten zunehmend Umweltvorschriften Einzug in das Vergaberecht, die den Grundsatz der Leistungsbestimmungsfreiheit wenigstens berühren, wenn nicht gar einschränken, allen voran
 - § 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)
 - § 13 Bundesklimaschutzgesetz (KSG)
 - § 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)

- ▶ Praktisch ergeben sich auch Auswirkungen auf eine etwaige Pflicht zur Markterkundung.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 45 KrWG (1)

§ 45 Pflichten der öffentlichen Hand

- (1) Die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen sind **verpflichtet**, durch ihr Verhalten zur Erfüllung des Zweckes des § 1 beizutragen.

§ 1 KrWG lautet:

„Zweck des Gesetzes ist es, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen.“

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 45 KrWG (2)

§ 45 Pflichten der öffentlichen Hand

- (2) Die Verpflichteten nach Abs. 1 **haben** [...] bei [...] der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen, **ohne damit Rechtsansprüche Dritter** zu begründen, **Erzeugnissen den Vorzug zu geben**, die
1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
 2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
 3. sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder
 4. im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 45 KrWG (3)

§ 45 Pflichten der öffentlichen Hand

- (2) [...] Die Pflicht des S. 1 gilt, soweit die Erzeugnisse für den [...] Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Soweit vergaberechtliche Bestimmungen anzuwenden sind, sind diese zu beachten. [...]

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 13 KSG

§ 13 Berücksichtigungsgebot

- (1) Die Träger öffentlicher Aufgaben **haben** bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck dieses Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. [...]. **Bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung** auf Bundesebene **ist** für die Vermeidung oder Verursachung von Treibhausgasemissionen **ein CO₂-Preis**, mindestens der nach § 10 Absatz 2 Brennstoff-Emissionshandelsgesetz gültige Mindestpreis oder Festpreis **zugrunde zu legen**.
- (2) Der Bund prüft bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung, wie damit jeweils zum Erreichen der nationalen Klimaschutzziele nach § 3 beigetragen werden kann. Kommen mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Frage, dann **ist** in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien [...] **solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Maßnahme zu den geringsten Kosten erreicht werden kann**. Mehraufwendungen sollen nicht außer Verhältnis zu ihrem Beitrag zur Treibhausgasreduzierung stehen. Soweit vergaberechtliche Bestimmungen anzuwenden sind, sind diese zu beachten.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: § 2 AVV-EnEff

§ 2 Prüf- und Vorgabepflicht

- (1) **Im Rahmen der Bedarfsanalyse ist festzustellen**, ob die Beschaffung der Leistung erforderlich ist. Bei Lieferleistungen ist abzuwägen, ob **anstelle des Kaufs auch die Reparatur** eines vorhandenen Produkts, der **Kauf eines gebrauchten Produkts** oder die **Miete oder das Leasing** ein klima- und umweltfreundlicheres Mittel der Beschaffung darstellt. Darüber hinaus sind im Rahmen der Bedarfsanalyse und bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 31 VgV, § 7 EU VOB/A, § 23 UVgO, § 7 VOB/A) der **Energieverbrauch während des gesamten Lebenszyklus der Leistung** (Herstellung, Nutzung, Recycling und Entsorgung) und der **Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung** zu prüfen.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grenzen der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: Umweltvorgaben für die Gestaltung der Leistungsbeschreibung

- ▶ Daneben gibt es auf Bundesebene mittlerweile zahlreiche Vorgaben, die zwar nicht unmittelbar an das Beschaffungsermessen anknüpfen, jedoch an die Berücksichtigung von Umweltvorgaben bei der Leistungsbeschreibung, und die damit faktisch ebenfalls die Beschaffungsfreiheit (indirekt) tangieren, z.B.
 - **§ 2 Abs. 2 AVV-EnEff** (höchste Energieeffizienzklasse / höchstes Leistungsniveau an Energieeffizienz)
 - **§ 2 Abs. 3 AVV-EnEff** (Vorgabe des Umweltzeichens Blauer Engel bzw. des Europäischen Umweltzeichens)
 - **§ 67 VgV / § 58 SektVO** (höchste Energieeffizienzklasse / höchstes Leistungsniveau an Energieeffizienz)
 - **§ 5 Abs. 1 Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz** (SaubFahrzeugBeschG)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Umweltvorgaben auf Bundesebene

Vorschrift	Vergaberegime	Verpflichtete
Energieverbrauchsrelevante Liefer-, Dienst- und Bauleistungen (§§ 67 VgV, 8 c EU VOB/A)	EU-Vergaben	Öffentliche Auftraggeber
Energieverbrauchsrelevante Liefer- oder Bauleistungen	EU-Vergaben	Sektorenauftraggeber
AVV-EnEff	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen
Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen
§ 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen
§ 13 KSG	EU- <u>und</u> nationale Vergaben	Bundesdienststellen

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Umweltvorgaben auf Landesebene

- ▶ Aber auch die Bundesländer haben mittlerweile zahlreiche Vorgaben zur umweltfreundlichen Beschaffung, z.B.
 - **Baden-Württemberg:** § 2 Abs. 2 LAbfG; Ziff. 10.3 ff. VwV Beschaffung
 - **Bayern:** Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 BayAbfG, Umweltrichtlinien Öffentliches Auftragswesen – öAUmWR
 - **Berlin:** §23 KrW-/AbfG Bln; Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)
 - **Hamburg:** § 2 Abs. 1 HhmAbfG, Leitfaden für umweltverträgliche Beschaffung der Freien und Hansestadt Hamburg, Hamburgisches Klimaschutzgesetz
 - **Mecklenburg-Vorpommern:** § 2 Abs. 2 AbfWG M-V
 - **Sachsen:** § 10 Sächsisches Kreislaufwirtschafts- und Bodenschutzgesetz, Anlage 4 b zur VwV-HWiF 2019/2020 – umweltbezogene Grundsätze für die Beschaffung von Dienstkraftfahrzeugen
 - Usw.

- ▶ Siehe auch unter www.nachhaltige-beschaffung.info (Stand 02.07.2020)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Blick in die Zukunft: Umweltvorgaben im Koalitionsvertrag der „Ampelregierung“

*„Wir schaffen sichere Absatzmärkte für klimafreundliche Produkte durch **Mindestquoten** in der öffentlichen Beschaffung.“*

*„Für IT-Beschaffungen des Bundes werden **Zertifizierungen** wie z. B. der Blaue Engel Standard. Ersatzteile und Softwareupdates für IT-Geräte müssen für die übliche Nutzungsdauer verpflichtend verfügbar sein.“*

*„Neben dem Ausbau der Infrastruktur werden wir [...] **Quoten für grünen Wasserstoff** in der öffentlichen Beschaffung einführen, um **Leitmärkte** zu schaffen.“*

*„Wir erhöhen die **Verbindlichkeit von Nachhaltigkeitsstrategien, -zielen und -programmen** im konkreten Regierungshandeln [...]. Die öffentliche Hand geht bei ihrer Beschaffung mit gutem Beispiel voran.“*

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Blick in die Zukunft: Weitere Vorgaben zur Leistungsbestimmungsfreiheit im Koalitionsvertrag der „Ampelregierung“ (2)

„Wir werden kritische Technologie und Infrastruktur besser schützen, Standards und Beschaffung daran ausrichten und ein europäisches Open Source-5/6G-Konsortium initiieren.“

„Zur Stärkung der Tarifbindung wird die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages der jeweiligen Branche gebunden“

„Ersatzbeschaffungen und marktverfügbare Systeme sind bei der Beschaffung zu priorisieren, um Fähigkeitslücken zu vermeiden.“ (betr. Beschaffungen im Bereich Ausrüstung der Bundeswehr)

*„Unsere Wirtschaftspolitik setzt auf zukunftsorientierte Rahmenbedingungen für einen wettbewerbsfähigen Mittelstand, für ein starkes Handwerk und für Freie Berufe. Hierfür werden wir die **Beteiligungsmöglichkeiten von kleinen und mittleren Betrieben an Vergabeverfahren stärken.**“*

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Weitere Grenze der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers: Produktneutralität

- ▶ „Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.“

→ Dazu aber später mehr!

KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Leistungsbestimmungsfreiheit vs. Diskriminierungsverbot: Quo vadis?
2. Vergaberechtliche Anforderungen an Leistungsbeschreibungen
3. Produktneutrale vs. produktspezifische Leistungsbeschreibung
4. Zusätzliche Ausführungsbestimmungen

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Grundlagen der Leistungsbeschreibung

- ▶ Nur eine präzise Leistungsbeschreibung nebst eindeutiger Gliederung kann eine spätere Vergleichbarkeit der abgegebenen Angebote gewährleisten
- ▶ Kein Rückgriff auf Leistungsbeschreibungen bereits erfolgter Vergaben, da wegen der Komplexität immer auf den Einzelfall abzustellen ist
- ▶ Vorsicht: Fehler in der Leistungsbeschreibung oder „veraltete“ Vorgaben können schwerwiegende Folgen haben (siehe auch noch später im 360°-Blick)!

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Allgemeine Grundsätze der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 23 UVgO, § 7a (EU) VOB/A)

- ▶ **Eindeutige und erschöpfende** Leistungsbeschreibung
 - Ziel: exakte Preisermittlung und Vergleichbarkeit der Angebote, vgl. VK Bund v. 30.03.2004, VK1-5/04
 - Sichert aber auch beide Vertragsparteien ab vor Streitigkeiten über das geschuldete Leistungssoll und die hierfür geschuldete Vergütung

- ▶ Beschreibung der
 - **Funktions- oder Leistungsanforderungen** oder
 - der zu lösenden **Aufgabe** (Aufgabenbeschreibung/Leistungsprogramm) sowie
 - der **Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung**

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Allgemeine Grundsätze der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 23 UVgO, § 7a (EU) VOB/A)

- ▶ Nach **§ 121 Abs. 2 GWB** und **§ 23 Abs. 4 UVgO** gilt außerdem:

„Bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung außer in ordnungsgemäß begründeten Fällen die Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer zu berücksichtigen.“

- ▶ Es finden sich keine vergleichbaren Vorschriften in der VOB/A, 1. Abschnitt. Allerdings können auch dort die Zugänglichkeit einer Leistung für Menschen mit Behinderung sowie die Berücksichtigung von Vorgaben des „Designs für alle“ als Zuschlagskriterium Berücksichtigung finden.

- Vertiefende Vorschriften zur Leistungsbeschreibung finden sich für den Oberschwellenbereich in der VgV und VOB/A-EU sowie für den Unterschwellenbereich in UVgO bzw. VOL/A und VOB/A, 1. Abschnitt.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Arten der Leistungsbeschreibung

- ▶ **Konstruktive Leistungsbeschreibung:** Vorgabe von technischen Spezifikationen und/oder konkreten Leistungs-/Funktionsanforderungen („konstruktive Einzelheiten“)
 - Häufig anzutreffen als „**Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis**“ (insbesondere im technischen Bereich und im Baubereich → führt regelmäßig zu „**Einheitspreisvertrag**“)
- ▶ **Funktionale Leistungsbeschreibung:** Vorgabe nur des zu erreichenden Ziels, wobei Planung und Konzeption der konkreten Leistung dem Bieter obliegt
 - Häufig anzutreffen als „**Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm**“ (insbesondere wiederum im technischen Bereich und im Baubereich sowie bei Planungs- und Beratungsleistungen sowie anderen „Kreativleistungen“)
- ▶ **Teilfunktionale Leistungsbeschreibung:** Mischung aus konstruktiver und funktionaler Leistungsbeschreibung (Vorgabe von Einzelheiten, aber offen in Teilaspekten)
 - Häufig anzutreffen im Dienstleistungsbereich

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Wertungskriterien (1)

► § 127 Abs. 1 GWB:

*„Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste Angebot** erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem **besten Preis-Leistungs-Verhältnis**. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“*

- Vergleichbare Vorgabe auch in § 58 Abs. 1 und 2 VgV und § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A sowie in § 43 Abs. 1 und 2 UVgO und § 16d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A 2019

► Gesetzesbegründung:

„Zwar ist es auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses auch künftig zulässig, den Zuschlag allein auf das preislich günstigste Angebot zu erteilen. Der öffentliche Auftraggeber wird jedoch – insbesondere bei der Beschaffung von nicht-marktüblichen, nicht standardisierten Leistungen – seine Vergabeentscheidung in der Regel auf weitere Zuschlagskriterien [...] stützen.“

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Wertungskriterien (2)

▶ OLG Düsseldorf v. 11.12.2013 (Verg 22/13):

- Der „niedrigste Preis“ darf bei einer funktionalen oder teilfunktionalen Ausschreibung regelmäßig nicht einziges Zuschlagskriterium sein.

▶ BGH, 10.05.2016, X ZR 66/15:

- Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Preis nur dann einziges Zuschlagskriterium sein darf, wenn nach dem Gegenstand des Auftrags und der Gesamtheit der Vergabeunterlagen auf diese Art dennoch das **beste Preis-Leistungs-Verhältnis** erreicht werden kann.

▶ VK Bund v. 29.09.2016 (VK 2-93/16):

- Die Gesetzesbegründung des § 127 GWB spricht dafür, dass der Preis durchaus das einzige Zuschlagskriterium sein darf. Es besteht ein **weiter Einschätzungsspielraum** des Auftraggebers.
- Dieser Rechtsgedanke gilt **auch für Ausschreibungen mit einem funktionalen Element**, solange aufgrund der hinreichend klaren Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erwarten ist, dass die wertungsfähigen Angebote **inhaltlich homogen und damit vergleichbar** sind.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Zusammenhang zwischen Art der Leistungsbeschreibung und Verfahrenswahl

- ▶ Die Zulässigkeit des **Verhandlungsverfahrens** (mit Teilnahmewettbewerb) im Oberschwellenbereich bzw. einer **Freihändigen Vergabe / Verhandlungsvergabe** im Unterschwellenbereich wird auch von der Wahl der Art der Leistungsbeschreibung berührt.
- ▶ So kann ein Verhandlungsverfahren / eine Freihändige Vergabe / eine Verhandlungsvergabe zulässig sein, wenn
 - die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die **Anpassung bereits verfügbarer Lösungen** erfüllt werden können;
 - der Auftrag **konzeptionelle oder innovative Lösungen** umfasst;
 - die Leistung ist **nicht hinreichend genau beschreibbar** ist;
 - der Auftrag aufgrund **„konkreter Umstände, die mit der Art, Komplexität oder dem rechtlichen/finanziellen Rahmen oder den hiermit verbundenen Risiken zusammenhängen“** nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung für Bauleistungen (§§ 7 bis 7c VOB/A(-EU)) – (1)

- ▶ Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung
- ▶ Alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände sind festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben
- ▶ Verbot ungewöhnlicher Wagnisse für Umstände und Ereignisse, auf die der AN keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann
- ▶ Grundsätzlich keine Bedarfspositionen sowie Stundenlohnarbeiten nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang
- ▶ Wesentliche Verhältnisse der Baustelle (z. B. Boden- und Wasserverhältnisse) sind anzugeben
- ▶ Die „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ in Abschnitt 0 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18299 ff., sind zu beachten
- ▶ Grundsatz der Produktneutralität (dazu gleich mehr)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung für Bauleistungen (§§ 7 bis 7c VOB/A(-EU)) – (2)

- ▶ **Beschreibung der technischen Anforderungen (Spezifikationen) (§ 7a (EU) VOB/A)**
 - entweder unter Bezugnahme auf die in **Anhang TS** definierten technischen Spezifikationen mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ oder
 - in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen oder
 - in Kombination beider Arten der Beschreibung, d.h.
 - » in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder
 - » mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Anhang TS hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich anderer Merkmale.
- ▶ Schreibt der Auftraggeber **Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen** vor, so kann er die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen **Umweltzeichen** definiert sind (dazu noch gleich).

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung für Bauleistungen (§§ 7 bis 7c VOB/A(-EU)) – (3)

► **Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7b (EU) VOB/A):**

Die Leistung ist in der Regel durch eine

- allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und
- ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis

zu beschreiben

- Erforderlichenfalls ist die Leistung auch zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder anders zu erklären, z. B. durch Hinweise auf ähnliche Leistungen, durch Mengen- oder statische Berechnungen. Zeichnungen und Proben, die für die Ausführung maßgeblich sein sollen, sind eindeutig zu bezeichnen.
- Im Leistungsverzeichnis ist die Leistung derart aufzugliedern, dass unter einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung für Bauleistungen (§§ 7 bis 7c VOB/A(-EU)) – (4)

► **Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7c (EU) VOB/A):**

Wenn es nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln, kann die Leistung durch ein Leistungsprogramm dargestellt werden.

► Das Leistungsprogramm umfasst

- eine Beschreibung der Bauaufgabe, aus der die Bewerber alle für die Entwurfsbearbeitung und ihr Angebot maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennen können und in der sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an sie gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen angegeben sind,
- gegebenenfalls ein Musterleistungsverzeichnis, in dem die Mengenangaben ganz oder teilweise offen gelassen sind.

► Von dem Bieter ist ein Angebot zu verlangen, das außer der Ausführung der Leistung den Entwurf nebst eingehender Erläuterung und eine Darstellung der Bauausführung sowie eine eingehende und zweckmäßig gegliederte Beschreibung der Leistung umfasst.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung für Liefer- und Dienstleistungen (§ 31 VgV, § 23 UVgO)

- ▶ Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung
- ▶ Zulässigkeit von Merkmalen, die Aspekte der Qualität, Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen
- ▶ Zulässigkeit von Merkmalen, die sich auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, sofern Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht und sie zu Wert und Beschaffungsziel in Verhältnis stehen (z. B. „fair trade“)
- ▶ Grundsatz der Produktneutralität (dazu gleich mehr)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Die Leistungsbeschreibung für Liefer- und Dienstleistungen – Technische Anforderungen (§ 32 VgV)

- ▶ Verweist der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung auf Leistungs- und Funktionsanforderungen, so **obliegt den Bietern ggf. der Nachweis, dass ihre Lösungen den Anforderungen entsprechen.**
 - Beleg z. B. durch technische Beschreibungen des Herstellers, Prüfberichte anerkannter Stellen oder Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen gemäß § 33 VgV
- ▶ Das gleiche gilt für die Einhaltung technischer Anforderungen, wie sie z.B. durch DIN-Normen, Europäische Technische Bewertungen usw. vorgegeben werden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.12.2016, VII-Verg 20/16: **DIN-Normen** sind zulässige technische Anforderungen).
- ▶ Auch die Nachweisführung durch Gütezeichen ist in der VgV und der UVgO vorgesehen – siehe dazu noch sogleich.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Aufgabenbeschreibung bei Planungsleistungen

- ▶ Die Aufgabe ist klar und eindeutig zu beschreiben, damit alle Bewerber oder Bieter die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können (vgl. OLG Düsseldorf v. 12.06.2013, VII-Verg 7/13).
 - Der Auftraggeber ist in der etwas paradoxen Situation, die **Planung planen zu müssen**.
 - Der Auftraggeber sollte den Architekten und Fachplanern kein zu enges Korsett für ihre Planung schnüren. Andererseits muss er zumindest die Aufgabe und das gewünschte Ergebnis genau vorgeben. Nur so kann er erstens Fehlplanungen und zweitens Honorarstreitigkeiten vermeiden (Praxisbeispiel: Elbphilharmonie!).
 - Insgesamt sollte eine **Orientierung an den Leistungsbildern der HOAI** erfolgen.
 - Darüber hinaus gibt die ungefähre Auftragssumme einen quantitativen und qualitativen Rahmen vor, in dem sich das Projekt bewegt.
 - Eine Kostenberechnung hat der AG nur bekannt zu geben, wenn sie ihm bereits vorliegt, nicht aber dann, wenn sie Gegenstand der ausgeschriebenen Planungsleistungen ist.
- ▶ **Insgesamt sind die Anforderungen an die Detailliertheit der Beschreibung deutlich geringer als bei einer klassischen Leistungsbeschreibung!**

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Gütezeichen (§ 34 VgV, § 24 UVgO, § 7a Abs. 5 bzw. 7a EU Abs. 6 VOB/A)

- ▶ Der AG darf zum Beleg dafür, dass das Angebot bestimmten Merkmalen entspricht, die **Vorlage eines Gütezeichens verlangen**.
- ▶ Das Gütezeichen muss allen folgenden **Bedingungen** genügen:
 - Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung;
 - die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien;
 - das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können;
 - alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen;
 - die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.
- ▶ Der AG **muss andere Gütezeichen**, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen, sowie sonstige Nachweise über die Erfüllung der Anforderungen des Gütezeichens **akzeptieren**.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Gütezeichen (§ 34 VgV, § 24 UVgO, § 7a Abs. 5 bzw. 7a EU Abs. 6 VOB/A)

- ▶ Gütezeichen können in den technischen Spezifikationen als Anforderungsnachweis verlangt werden. Sie konkretisieren dann gleichzeitig die Vorgaben der Leistungsbeschreibung; d. h., der AG muss die Einzelanforderungen nicht mehr dezidiert anführen, sondern kann sich stattdessen auf die Angabe der Leistungsmerkmale beschränken, die durch das Gütezeichen nachgewiesen werden müssen.
- ▶ Gütezeichen

„liefern in kompakter und vereinfachter Form eine Information zu dem damit gekennzeichneten Produkt. Es ist ein Zeichen dafür, dass ein neutraler Dritter mit entsprechender Kompetenz die beworbene Ware nach objektiven und aussagekräftigen Kriterien geprüft hat“ (OLG Köln v. 10.01.2018 und v. 05.03.2018, 6 U 151/17)

→ AG muss prüfen, wer das Zeichen unter welchen Voraussetzungen verleiht und ob das Zeichen damit tatsächlich den Beleg einer gewissen Qualität bzw. einer (beschaffungsrelevanten) Eigenschaft bietet.
- ▶ Gütezeichenfinder „Kompass Nachhaltigkeit“ (www.kompass-nachhaltigkeit.de) enthält Hilfen zur Identifizierung, zur Bewertung und zum Vergleich geeigneter Gütezeichen und bietet Vorschläge für Ausschreibungsformulierungen.

KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Leistungsbestimmungsfreiheit vs. Diskriminierungsverbot: Quo vadis?
2. Vergaberechtliche Anforderungen an Leistungsbeschreibungen
3. Produktneutrale vs. produktspezifische Leistungsbeschreibung
4. Zusätzliche Ausführungsbestimmungen

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen (§§ 21 Abs. 6 VgV, 7 (EU) Abs. 2 VOB/A, 23 Abs. 5 UVgO, 7 Abs. 3 und 4 VOL/A)

- ▶ **Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist**, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.
- ▶ Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, **wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann** („Leitfabrikat“ / „Orientierungsfabrikat“). Solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ bzw. „oder mindestens gleichwertig“ zu versehen. Der Zusatz „oder gleichwertig“ kann entfallen, **wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe rechtfertigt**.
- ▶ **§ 23 Abs. 5 Satz 3 UVgO**: Ein solcher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn ein AG sonst Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu **bereits vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren** beschaffen müsste und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre. Die Gründe sind zu dokumentieren.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – Prüfungsreihenfolge

- (1) Produktvorgabe ist zulässig, wenn ein **sachlicher Grund** die Produktvorgabe rechtfertigt (ohne Zusatz „oder gleichwertiger Art“)
- (2) Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (z. B. Markennamen) dürfen ferner genannt werden, wenn eine **hinreichend genaue Beschreibung durch verkehrsübliche Bezeichnungen nicht möglich** ist, jedoch nur mit dem **Zusatz „oder gleichwertiger Art“**
- (3) Existiert kein sachlicher Grund und ist eine Beschreibung durch verkehrsübliche Bezeichnungen möglich, ist jede Produktangabe verboten!

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – Anforderungen an Produktvorgaben

- ▶ Die Vorschriften des Vergaberechts schränken die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt nur dahingehend ein, dass es dafür einer sachlichen Rechtfertigung durch die Art der zu vergebenden Leistung bedarf (vgl. OLG Düsseldorf v. 14.04.2005, Verg 93/04 „Smallworld“)

- ▶ Die **sachlichen Gründe müssen zudem**
 - (1) nachvollziehbar, objektiv und auftragsbezogen sein (**keine Willkür**), sie müssen
 - (2) **tatsächlich vorliegen** (festzustellen und notfalls zu beweisen durch den AG) und dürfen
 - (3) andere Wirtschaftsteilnehmer **nicht diskriminieren**. (OLG Düsseldorf v. 14.09.2016, Verg 1/16)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – Anforderungen bei „Exklusivität“

- ▶ Strengere Anforderungen gelten, wenn eine Leistungsbestimmung zu einem völligen Wettbewerbsverzicht (= Verhandlungsvergabe mit nur einem Wirtschaftsteilnehmer) führt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.06.2017, Az. Verg 53/16 – PET/MRT-Gerät).
- ▶ Dann darf es gemäß § 14 Abs. 6 VgV **„keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung“** geben und der mangelnde Wettbewerb darf nicht das Ergebnis einer **künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter** sein.
- ▶ Der öffentliche Auftraggeber trägt die Beweislast für das Vorliegen des eng auszulegenden Ausnahmetatbestands und somit auch für die Situation der objektiven Ausschließlichkeit. Dazu sind im Zweifel **„ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene“** anzustellen, um herauszufinden, ob im Binnenmarkt weitere Unternehmen existieren, die eine benötigte Leistung erbringen können (vgl. EuGH, Urt. v. 15.10.2009, C-275/08).

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – Praxisbeispiele

► OLG Düsseldorf v. 13.04.2016, VII-Verg 47/15:

Eine „Ein-Hersteller-Strategie“ zur Sicherstellung eines einheitlichen Supports und der Vereinfachung der proprietären Schnittstellennutzung und -verwaltung sowie zur **Vermeidung von Risiken in Hinblick auf Kompatibilitäts- und Schnittstellenprobleme** kann zulässig sein. Das gleiche gilt für **befürchtete Nachteile durch finanziellen und Schulungs-Mehraufwand**.

Es besteht **keine Pflicht** des AG, sich durch eine **Markterkundung** einen Überblick über die vorhandenen technischen Lösungen zur Befriedigung seines Beschaffungsbedarfs zu verschaffen, um so die Voraussetzung für eine produktneutrale Beschaffung herzustellen.

► OLG Düsseldorf v. 31.05.2017, Verg 36/16 7, und OLG Düsseldorf v. 16.10.2019, Verg 66/18:

Das Interesse der **Systemsicherheit und der wesentlichen Verringerung von Risikopotentialen** (Fehlfunktionen, Kompatibilitätsprobleme, höherer Umstellungsaufwand) rechtfertigt eine Produktvorgabe.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – Praxisbeispiele

► VK Bund v. 13.06.2019, VK 2-26/19:

Die Entscheidung für eine bestimmte Lösung ist sachlich nachvollziehbar und auftragsbezogen, wenn der Auftraggeber **mit vergleichbaren Systemen Erfahrungen hat, die bereits vorhandene Software weitergenutzt werden kann und die Lösung die vom Auftraggeber gewünschte Art der Leistungserbringung unterstützt.**

► VK Sachsen v. 30.08.2016, 1/SVK/016-16:

Ein öffentlicher AG ist nicht gehalten, sich durch eine Markterkundung einen Überblick über die vorhandenen technischen Lösungen zur Befriedigung seines Beschaffungsbedarfs zu verschaffen, um so die Voraussetzung für eine produktneutrale Beschaffung herzustellen.

Eine produktspezifische Ausschreibung kann sachlich gerechtfertigt sein, wenn bspw. die **Ersetzung vorhandener Produkte kostenintensiver wäre, langjähriges Knowhow von Mitarbeitern verloren ginge, der Zeit- und Kostenaufwand deutlich größer wäre, ernsthafte Kompatibilitätsprobleme zu befürchten wären oder ein erhebliches Risikopotential für Fehlfunktionen bestünde.**

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – Praxisbeispiele

► OLG Brandenburg v. 08.07.2021 (19 Verg 2/21):

- Die **produktspezifische Ausschreibung von iPads** ist unter den vorliegenden Bedingungen (voraussichtlich) als gerechtfertigt anzusehen. Denn die zu beschaffenden Tablets sollen in eine bereits geschaffene, mehrjährig erprobte und bewährte Systemarchitektur integriert werden und verfügen – anders als das Konkurrenzprodukt – zudem über Funktionalitäten, die der Auftraggeber als wesentlich erachtet. Die Geräte sollen im Schulbetrieb Verwendung finden und damit in einem durch eine Vielzahl von Nutzern mit sehr unterschiedlichem technischen Verständnis geprägten Umfeld. Zugleich ist für die Umsetzung des Bildungsauftrages die gleichförmige komplikationslose und zuverlässige Bedienbarkeit der im Unterricht verwendeten Geräte von zentraler Bedeutung.
- Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung muss aber **nachvollziehbar begründet und dokumentiert** sein; **wenngleich eine vorherige Markterkundung nicht erforderlich ist.**

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Pflicht zur Produktneutralität und Ausnahmen – „Verdeckte“ Produktvorgabe

- ▶ Vom grundsätzlichen Verbot ist auch eine **verdeckte Ausschreibung eines Produkts** umfasst (OLG München v. 02.08.2007, Verg 7/07)
- ▶ Eine Behinderung des Wettbewerbs liegt nicht erst dann vor, wenn Merkmale des geforderten Produkts durch einen Produkt- oder Markennamen bezeichnet werden, sondern bereits dann, wenn das **Leistungsverzeichnis nach Form, Stofflichkeit, Aussehen und technischen Merkmalen so präzise definiert ist, dass dem Bieter keinerlei Ausweichmöglichkeit mehr bleibt** (VK Bund v. 27.08.2012, VK 2-65/12; VK Nordbayern v. 16.04.2008, 21.VK-3194-14/08; VK Westfalen v. 26.10.2017, VK 1-21/17, VK Sachsen-Anhalt v. 19.03.2020, 3 VK LSA 04/20)
- Hinweis: Vorsicht auch bei scheinbar „neutralen“ Leistungsverzeichnissen, die im Internet kursieren. Hier stecken nicht selten Hersteller/Vertreiber bestimmter Produkte dahinter, die versuchen, ihre Alleinstellungsmerkmale zur Geltung zu bringen!

KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Leistungsbestimmungsfreiheit vs. Diskriminierungsverbot: Quo vadis?
2. Vergaberechtliche Anforderungen an Leistungsbeschreibungen
3. Produktneutrale vs. produktspezifische Leistungsbeschreibung
4. **Zusätzliche Ausführungsbestimmungen**

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Zusätzliche Ausführungsbestimmungen (§ 128 GWB)

► § 128 Abs. 1 GWB:

- Unternehmen **haben** bei der Ausführung des Auftrags sämtliche für sie geltenden rechtlichen Bestimmungen **einzuhalten**, insbesondere
 - » den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen **Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts** zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach dem AEntG oder AÜG erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

► § 128 Abs. 2 GWB:

- Auftraggeber **können** darüber hinaus **besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags** festlegen, soweit diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Zusätzliche Ausführungsbestimmungen (§ 128 GWB) – Praxisbeispiele

- ▶ Beispiele für „freiwillige“ zusätzliche Ausführungsbedingungen des Auftraggebers gemäß § 128 Abs. 2 GWB:
 - Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dieselmotorkraftfahrzeugen
 - Vorgabe bestimmter (stofflicher) Verwertungsverfahren
 - Vorgaben zur Beschäftigung von Auszubildenden
 - Problem: Auch Tariflohnvorgaben? VK Bund v. 03.05.2017, VK 2-38/17: (+)

Schwerpunktthema „Leistungsbeschreibung“

Zusätzliche Ausführungsbestimmungen (§ 129 GWB)

► § 129 GWB:

- Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, dürfen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden.
- Viele **Landesvergabegesetze** schreiben im Sinne von § 128 Abs. 3 GWB die Vorgabe zusätzlicher Ausführungsbestimmungen verbindlich vor
- Regelung insbesondere in Hinblick auf
 - Tariftreue und vergabespezifischer Mindestlohn
 - soziale Kriterien (ILO-Kernarbeitsnormen)
 - Frauenförderung / Vereinbarung von Familie und Beruf



**360° Blick Auftraggeber/Auftragnehmer
„Leistungsbeschreibung“**

KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Typische Fehler bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung
2. Markterkundung und Einschaltung von Berater:innen
3. Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **120,- Euro**

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **130,- Euro**

Angebot C

17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **105,- Euro**

Angebot D

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² **110,- Euro**

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel,
Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **120,- Euro**

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **130,- Euro**

Angebot C

17 Zoll **LCD-Monitor** mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **105,- Euro**

Angebot D

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² **110,- Euro**

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel,
Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **120,- Euro**

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **130,- Euro**

Angebot C

~~17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **105,- Euro**~~

Angebot D

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² **110,- Euro**

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel,
Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **120,- Euro**

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **130,- Euro**

Angebot C

~~17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **105,- Euro**~~

Angebot D

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² **110,- Euro**

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **120,- Euro**

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **130,- Euro**

Angebot C

~~17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² **105,- Euro**~~

Angebot D

~~17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² **110,- Euro**~~

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 120,- Euro

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 130,- Euro

Angebot C

17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 105,- Euro

Angebot D

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² 110,- Euro

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

~~19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 120,- Euro~~

Angebot B

22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 130,- Euro

Angebot C

~~17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 105,- Euro~~

Angebot D

~~17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² 110,- Euro~~

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel,
Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

~~19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 120,- Euro~~

Angebot B

~~22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 130,- Euro~~

Angebot C

~~17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 105,- Euro~~

Angebot D

~~17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² 110,- Euro~~

Praxisbeispiel

Technische Anforderung in der Ausschreibung:

17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von 1.280 x 1.024 Pixel,
Helligkeit 250cd/m²

Angebot A

~~19 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 120,- Euro~~

Angebot B

~~22 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.680 x 1.050 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 130,- Euro~~

Angebot C

~~17 Zoll LCD-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 250cd/m² 105,- Euro~~

Angebot D

~~17 Zoll LED-Monitor mit einer Auflösung von
1.280 x 1.024 Pixel, Helligkeit 300cd/m² 110,- Euro~~

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Praxisbeispiel – Hinweise für Auftraggeber

- ▶ Klarstellung der Bedürfnisse mit der zuständigen Fachabteilung
- ▶ Eruierung des Marktes – was ist erhältlich, welche Angebote sind denkbar?
- ▶ Nutzen von „**Mindest**“-Angaben („Helligkeit von mindestens 250 cd/m²“ / „Helligkeit \geq 250 cd/m²“)
- ▶ Aber: **Keine „Ca.-Angaben“** machen, um sich Arbeit zu ersparen – dies widerspricht dem Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (vgl. VK Sachsen v. 25.06.2019, 1/SVK/013-19)

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Praxisbeispiel – Hinweise für Bieter (1)

- ▶ Anbieten von „Höherer Qualität“ – Ausschlussgrund! (vgl. OLG Frankfurt v. 03.07.2007)
- ▶ Ebenso unbeachtlich, dass „Mehr-Qualität“ ohne Mehrkosten angeboten
 - Alle Bieter müssen gleiche Leistung anbieten; andernfalls ist Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet
 - Maßgebend bei Beurteilung ist, wie Erklärungsempfänger (Vergabestelle) das Angebot nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste
- ▶ Begriff der „Änderung der Verdingungsunterlagen“ weit auszulegen, auch wenn der BGH zuletzt (Urt. v. 18.06.2019, X ZR 86/17) gewisse Spielräume eingeräumt hat (allerdings nicht für „manipulative Eingriffe“ in das Vergabeverfahren, d.h. wenn der Bieter ein von den Vorgaben des AG abweichendes Angebot macht, das bei einem Wegdenken der Abweichungen unvollständig bleibt).

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Praxisbeispiel – Hinweise für Bieter (2)

- ▶ Siehe außerdem auch OLG Celle, Urt. v. 20.11.2019, 14 U 191/13, zu Fällen **lücken- oder fehlerhafter Leistungsbeschreibungen**:

Ein AN darf auch ein erkennbar (oder erkanntes) lücken- oder fehlerhaftes LV nicht einfach hinnehmen; er muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären und sich insbesondere ausreichende Erkenntnisse über die vorgesehene Leistung (Art und Umfang) verschaffen. Unterlässt der AN in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis und legt seiner Kalkulation gewissermaßen „ins Blaue“ oder sogar "spekulativ" die für ihn günstigste Leistung zugrunde, um so ein entsprechend attraktives Angebot abzugeben, ist er nicht im Sinne eines enttäuschten Vertrauens schutzwürdig und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen.

- ▶ Dagegen gilt: **Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung** dürfen nicht zulasten des Bieters gehen!

KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Typische Fehler bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung
2. Markterkundung und Einschaltung von Berater:innen
3. Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Markterkundung

► § 28 VgV / § 20 UVgO:

- (1) Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber Markterkundungen zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über seine Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen.
 - (2) Die Durchführung von Vergabeverfahren lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke der Kosten- oder Preisermittlung ist unzulässig.
-
- Erkundigungen des Auftraggebers im Hinblick auf die am Markt verfügbaren Leistungen/Lösungen im Vorfeld eines Vergabeverfahrens durch Messebesuche, Unternehmensbesichtigungen, aber auch Gespräche mit (einzelnen) Unternehmen sind uneingeschränkt möglich.
 - Dabei sind lediglich allgemeine Compliance-Regeln zu beachten (also: Keine Bevorzugung einzelner Unternehmen, keine Annahme von Einladungen/Geschenken, Absicherung des Handelns durch Dokumentation, Abstimmung mit Vorgesetzten, Durchführung von Terminen im Mehr-Augen-Prinzip).

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Markterkundung

- ▶ Zu den Modalitäten der Durchführung eines Markterkundungsverfahrens gibt es keine detaillierten (gesetzlichen) Anforderungen.

➔ *Je nachdem, welchen Einfluss die Ergebnisse Markterkundung ggf. auf die Festlegung des Beschaffungsgegenstands und/oder die Wahl der Verfahrensart haben werden bzw. haben sollen, ist im Sinne der Transparenz und des Wettbewerbsgrundsatzes aber anzuraten, auch die Markterkundung (ggf. europaweit) bekannt zu machen.*

➔ *Aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten muss außerdem sichergestellt werden, dass die Teilnehmer der Markterkundung in einem späteren Vergabeverfahren nicht gegenüber sonstigen Bietern bevorzugt werden und insoweit auch keinen Wissensvorsprung haben.*



360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Mitwirkung von Berater:innen aus Seiten des Auftraggebers

- ▶ Die **Mitwirkung von Berater:innen** bei der Bedarfsermittlung und der Vorbereitung der Ausschreibung ist **vergaberechtlich unproblematisch** zulässig und ggf. sogar erforderlich, denn
 - Risiken aus einem unklaren Beschaffungsbedarf dürfen nicht den Bietern überbürdet werden;
 - es muss eine Ausschreibungsreife hergestellt werden;
 - die zu beschaffenden Leistungen müssen eindeutig und erschöpfend beschrieben werden;
 - es sind die Voraussetzungen für vergleichbare Angebote zu schaffen.
- ▶ **Vergabeentscheidungen sind jedoch von der Vergabestelle selbst zu treffen** (OLG München v. 15.07.2005, Verg 14/05)
 - Die Mitwirkung eines/einer Sachverständigen bzw. eines Beraters/einer Beraterin der Vergabestelle darf die Grenze der bloßen Unterstützung nicht überschreiten. (vgl. OLG Naumburg v. 26.02.2004, 1 Verg 17/03)

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Beschaffung der Beratungsleistung nach Haushaltsvergaberecht

- ▶ Vorsicht: Auch Beratungsleistungen sind ggf. im Wege eines Vergabeverfahrens zu beschaffen, wobei die Fragen,
 - ob und, wenn ja,
 - welche Vergaberegeln gelten, vom Einzelfall abhängen.→ Wer vergibt? An wen wird vergeben? Welches Bundesland ist betroffen?

- ▶ Zu berücksichtigen sind insbesondere
 - die Sonderregelungen für freiberufliche Leistungen gemäß § 50 UVgO bzw. die Hinweise des DVAK zu § 1 VOL/A;
 - die Wertgrenzenregelungen der einzelnen Bundesländer;
 - sonstige (landesspezifische) Ausnahmetatbestände für Direktvergaben, Freihändige Vergaben/Verhandlungsvergaben.

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Mitwirkung von Berater:innen – Vermeidung von Interessenskonflikten

§ 6 VgV (§ 4 UVgO) Vermeidung von Interessenskonflikten:

- (1) Organmitglied oder Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder als eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenskonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken.
- (2) Ein Interessenskonflikt besteht für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.
- (3) Es wird vermutet, dass ein Interessenskonflikt besteht, wenn die in Abs. 1 genannten Personen
 1. Bewerber oder Bieter sind,
 2. einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen [...],
 3. beschäftigt oder tätig sind
 - a) bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt [...]oder
 - b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bewerber oder Bieter hat.

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Mitwirkung von Berater:innen: Genereller Ausschluss wegen wettbewerbswidrigen Informationsvorsprungs?

- ▶ EuGH: Generelles Beteiligungsverbot unverhältnismäßig; Einzelfallbetrachtung und Chance zum Entlastungsnachweis

- ▶ **Regelung in § 7 VgV bzw. § 6 Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU 2019**
 - Auftraggeber muss echten Wettbewerb im Einzelfall sicherstellen (z. B. durch Ausgleich Informationsvorsprung und längere Angebotsfristen)
 - Ausschluss des Projektanten nur, wenn keine sonstigen geeigneten Maßnahmen zur Wettbewerbssicherung in Betracht kommen
 - Vorherige Anhörung des Projektanten
 - Dokumentation der getroffenen Maßnahmen

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Mitwirkung von Berater:innen aus Seiten des Auftraggebers

► Praxishinweise:

Neutralität und Erfahrung sind wichtige Eigenschaften eines „guten“ Fachberaters / einer „guten“ Fachberaterin

➡ *Markterkundung (auch) mit Blick auf Berater:innen sinnvoll*

➡ *„Vergatterung“ der Berater:innen wichtig!*

– *Strafbewehrte Verpflichtung zur Offenlegung etwaiger Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Bietern*

– *Verpflichtung zur strikten Neutralität*

– *Verzicht auf Teilnahme an eigentlicher Ausschreibung*

➡ *Sorgsame Dokumentation des gesamten Informationsaustauschs mit der/dem Berater:in, falls deren/dessen Teilnahme am eigentlichen Vergabeverfahren als Bieter nicht ausgeschlossen werden kann oder soll.*



KOINNO Roadshow – Leistungsbeschreibung

1. Typische Fehler bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung
2. Markterkundung und Einschaltung von Berater:innen
3. Flexibilität bei der Leistungsbeschreibung

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Vor- und Nachteile der funktionalen Leistungsbeschreibung

- Funktionalausschreibungen bieten **Flexibilität** für Auftraggeber und Bewerber. Dieser Ansatz kann **innovative Lösungen** hervorbringen, stellt durch die freiere Gestaltung aber auch **erhöhte Anforderungen an die Ausschreibung und die Angebotserstellung**.

Auftraggeber	Bieter
Flexiblere Lösungen	Größere individuelle Spielräume
Nutzen des Markt-Knowhows	Einbringung individueller Vorzüge
Risikoverlagerung auf den AN	Höheres Risiko hinsichtlich der Zielerreichung
Vergleichbarkeit der Angebote schwieriger sicherzustellen	Risiko, dass keine vergleichbaren Angebote eingehen
Auswahl richtiger Zuschlagskriterien kann schwierig sein	Risiko, dass Vorteile der Lösung sich nicht im Wertungsmodus widerspiegeln

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Zulassung von Nebenangeboten („Änderungsvorschläge“/„Varianten“)

- ▶ Ein Nebenangebot liegt immer dann vor, wenn ein **Bieter eine andere als nach der Leistungsbeschreibung oder dem Leistungsverzeichnis vorgesehene Art der Ausführung anbietet**, d. h. eine Abweichung vom geforderten Angebot vorliegt (vgl. OLG Düsseldorf v. 04.07.2001, Verg 20/01; VK Bund v. 25.03.2003, VK 1-11/03)
- ▶ Zulässigkeit von Nebenangeboten
 - Nebenangebote **müssen ausdrücklich zugelassen werden**, ansonsten sind sie nicht erlaubt
 - § 35 Abs. 1 VgV; § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-EU; § 25 UVgO; § 8 Abs. 4 VOL/A
(anders: § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A!)
- ▶ Formelle Anforderungen an Nebenangebote
 - **Kennzeichnung** als solches auf besonderer Anlage (aber: kein Ausschlussgrund)
 - **Vollständigkeit des Nebenangebots**
 - Eindeutige und erschöpfende Beschreibung!
(OLG Koblenz v. 29.08.2003, 1 Verg 7/03; VK Bund v. 22.11.2004, VK 3 – 203/04)

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Zulassung von Nebenangeboten („Änderungsvorschläge“/„Varianten“)

- ▶ Materielle Anforderungen an Nebenangebote:
 - Auftraggeber haben bei europaweiten Verfahren in den Vergabeunterlagen die **Mindestanforderungen**, die Nebenangebote erfüllen müssen, anzugeben (OLG Frankfurt v. 07.08.2007, 11 Verg 3 und 4/07; anders im nationalen Bereich: VK Sachsen v. 05.02.2007, 1/SVK/125-06)
 - Auftraggeber dürfen nur Nebenangebote berücksichtigen, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. Der **allgemeine Hinweis des Auftraggebers auf das Erfordernis einer Gleichwertigkeit des Nebenangebots mit dem Hauptangebot genügt nicht** (OLG Brandenburg v. 29.07.2008, Verg W 10/08)
 - Auch das Aufstellen rein formaler Wertungsvoraussetzungen für Nebenangebote reicht nicht aus, **erforderlich sind leistungsbezogene, d.h. sachlich-technische Vorgaben** (OLG Koblenz v. 31.05.2006, 1 Verg 3/06)

- ▶ **Aber: Es bleiben häufig dennoch qualitative Unterschiede zwischen (zulässigen) Haupt- und Nebenangeboten → Wertungsprobleme!**

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Besonderheiten bei der Wertung von Nebenangeboten

BGH v. 07.01.2014 (X ZB 15/13)

- ▶ **Ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium, dürfen Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden.**
- ▶ Die vergaberechtskonforme Wertung von Nebenangeboten, die den vorgegebenen Mindestanforderungen genügen, ist durch **Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien** zu gewährleisten, die es ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihrem technisch-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für Hauptangebote vorausgesetzten Standard zu vergleichen.

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Vor- und Nachteile der Zulassung von Nebenangeboten

- Die Zulassung von Nebenangeboten bietet **Flexibilität** für Auftraggeber und Bewerber. Dieser Ansatz kann **innovative Lösungen** hervorbringen, stellt durch die freiere Gestaltung aber auch **erhöhte Anforderungen an die Ausschreibung und die Angebotserstellung**.

Auftraggeber	Bieter
Flexiblere Lösungen	Größere individuelle Spielräume
Nutzen des Markt-Knowhows	Einbringung individueller Vorzüge / Wissensvorsprünge
Risiko: 1 % günstiger, aber 10 % schlechter	Nutzung von Kalkulationsvorteilen
Schwierig, sinnvolle Mindestkriterien für die Vergleichbarkeit zu definieren	Risiko, dass keine vergleichbaren Angebote eingehen
Auswahl richtiger Zuschlagskriterien kann schwierig sein	Risiko, dass Vorteile der Lösung sich nicht im Wertungsmodus widerspiegeln

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Alternative zu Nebenangeboten: Zulässigkeit der Abgabe mehrerer Hauptangebote!

- ▶ Mehrere, inhaltlich verschiedene Hauptangebote eines Bieters sind grundsätzlich vergaberechtlich nicht zu beanstanden (BGH v. 29.11.2016, X ZR 122/14).
- ▶ Unzulässig sind dagegen Doppelangebote (OLG Düsseldorf v. 01.10.2012, Verg 34/12 „Küchentechnik“; ebenso OLG München v. 06.12.2012 und vom 29.10.2013, OLG Naumburg v. 12.04.2012 und VK Sachsen-Anhalt v. 08.06.2018).
- ▶ Ggf. sollte die Möglichkeit, mehrere Hauptangebote abzugeben, proaktiv angesprochen werden. Das gilt vor allem bei (teil-)funktionalen Leistungsbeschreibungen und bei der Nutzung von Leit- oder Orientierungsfabrikaten

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Leit- und Orientierungsfabrikate – Gleichwertigkeit eines Produkts

- ▶ **Gleichwertigkeit eines Produktes setzt Identität in allen Beschaffenheitsmerkmalen voraus.** Dabei ist von entscheidender Bedeutung, hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert und nach welchen Parametern diese zu bestimmen ist.
- ▶ VK Thüringen v. 06.06.2017 (250 - 4002 - 4513 / 2017 - N - 008 - NDH): Wird der Ausschreibung ein ausgewähltes Fabrikat als sog. „Orientierungsfabrikat“ vorgegeben, widerspricht dies dem Grundsatz der fabrikatsneutralen Ausschreibung, wenn nicht gleichzeitig **gleichwertigkeitsbegründende Leistungsparameter angegeben** werden.
- ▶ Die Beurteilung der Gleichwertigkeit unterliegt einem von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur begrenzt kontrollierbaren **Wertungsspielraum des Auftraggebers**. Es kommt darauf an, ob die Wertung vertretbar ist (vgl. OLG Düsseldorf v. 09.01.2013, Verg 33/12).

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Leit- und Orientierungsfabrikate – Wann muss die Gleichwertigkeit geprüft werden?

► Früher unterschiedliche Rechtsauffassungen:

- Z.B. OLG Düsseldorf v. 23.03.2010, Verg 61/09, und OLG München v. 12.11.2010, Verg 21/10: Mit dem Angebot ist noch kein Gleichwertigkeitsnachweis notwendig → Ohne Fabrikatsangabe schuldet der Auftragnehmer schlicht ein „gleichwertiges“ Produkt; Streit über die Gleichwertigkeit wird in die Vertragsphase verlagert.
- Anders dagegen z. B. VK Brandenburg v. 09.07.2014, VK 7/14, und VK Baden-Württemberg v. 17.01.2013, 1 VK 44/02: Es sind mit dem Angebot jedenfalls ohne Weiteres prüffähige Unterlagen vorzulegen, damit der Auftraggeber die Gleichwertigkeitsprüfung vornehmen kann → Kann der Auftraggeber die Gleichwertigkeit nicht positiv feststellen, ist das Angebot auszuschließen.

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Leit- und Orientierungsfabrikate – Wann muss die Gleichwertigkeit geprüft werden?

► Entscheidung des EuGH v. 12.07.2018, Rs. C-14/17:

- Die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung erfordern, dass der AG die Gleichwertigkeit eines angebotenen Alternativprodukts **zwingend vor Zuschlagserteilung prüfen muss**.
- Dabei ist erforderlich, dass der Auftraggeber bereits **mit der Abgabe des Angebots** über Belege verfügt, die ihm die Beurteilung ermöglichen, ob und inwieweit die abgegebenen Angebote den Anforderungen der technischen Spezifikationen entsprechen.
- Der Auftraggeber darf den Bietern nicht gestatten, die Gleichwertigkeit der von ihnen angebotenen Lösungen (erst) nach der Abgabe ihrer Angebote nachzuweisen. Aber er verfügt über einen **Ermessensspielraum bei der Beurteilung, welche Mittel die Bieter zum Nachweis der Gleichwertigkeit in ihren Angeboten verwenden dürfen**.

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Leit- und Orientierungsfabrikate

- ▶ Die Vorgabe von **Leit- und Orientierungsfabrikaten** kann den Auftraggeber absichern, das „Wunschfabrikat“ zu erhalten. Gleichzeitig erleichtert es Bietern ggf. die Angebotserstellung und Kalkulation. Auf der anderen Seite wird der Wettbewerb ggf. eingeschränkt und es können Streitigkeiten um die Gleichwertigkeit entstehen.

Auftraggeber	Bieter
Absicherung des „Wunschfabrikats“	Transparenz des „Kundenwunschs“
Ggf. weniger inhaltlicher Wettbewerb	Erleichterte Kalkulation
Schwierig, Gleichwertigkeitsparameter zu definieren	Unsicherheit hinsichtlich Gleichwertigkeit bei Angebot anderer Produkte als angegeben
Streitanfälligkeit vor Zuschlagserteilung	Fehlen Gleichwertigkeitsparameter, handelt es sich um eine „versteckte Produktvorgabe“
Nach Zuschlagserteilung besteht keine Flexibilität mehr	Nach Zuschlagserteilung besteht keine Flexibilität mehr

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Zulässigkeit von Alternativpositionen (Parallelausschreibungen)

- ▶ Gegen Parallelausschreibungen in einem Verfahren bestehen keine Bedenken, wenn
 - (1) Ein **besonderes Interesse** des Auftraggebers besteht,
 - (2) die berechtigten Interessen der Bieter im Hinblick auf einen **zumutbaren Arbeitsaufwand** gewahrt werden,
 - (3) das Verfahren für die Beteiligten **hinreichend transparent** ist und
 - (4) sichergestellt ist, dass die **wirtschaftlichste Verfahrensweise zum Zuge kommt**.(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.09.2016, VII-Verg 7/16, und Beschl. v. 15.05.2019, Verg 61/18 sowie OLG München, Beschl. v. 22.10.2015, Verg 5/15)

- ▶ Die Entscheidung über die Ausführung der Grund- oder Alternativposition muss der AG vor Erteilung des Zuschlags treffen (VK Bund v. 21.10.2018, VK 2-88/18).

360°-Blick „Leistungsbeschreibung“

Zulässigkeit von Eventual-/Bedarfspositionen

- ▶ **Nur, wenn Leistung zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht feststeht;** aber: Auftraggeber muss ernste Durchführungsabsicht haben.
- ▶ **Eindeutige Bezeichnung** von Bedarfspositionen
- ▶ **Grenze? (str.) 10 % des Auftragswertes?**
- ▶ Unzulässig, wenn sie innerhalb der Wertung ein solches Gewicht erhalten sollen, dass sie der Bedeutung der Hauptposition gleichkommen (Wertung regelmäßig 90/10).
- ▶ Vielzahl von Bedarfspositionen: Keine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung
- ▶ Die für Bedarfspositionen abgefragten und angegebenen Preise sind vom Auftraggeber grundsätzlich **in die Angebotswertung einzustellen** (OLG Düsseldorf v. 10.02.2010).



Zusammenfassung und Diskussion



wir sind für sie da. und da. und da.

voßstraße 20 10117 berlin

t +49 [0]30. 884 80 80 f +49 [0]30. 88 48 08 84

berlin@avocado.de

thurn-und-taxis-platz 6 60313 frankfurt

t +49 [0]69. 913 30 10 f +49 [0]69. 91 33 01 19

frankfurt@avocado.de

neuer wall 46 20354 hamburg

t +49 [0]40. 468 979 80 f +49 [0]40. 468 97 98 99

hamburg@avocado.de

spichernstraße 75-77 50672 köln

t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29

koeln@avocado.de

türkenstraße 7 80333 münchen

t +49 [0]89. 55 05 95 60 f +49 [0]89. 550 59 56 29

muenchen@avocado.de

rond point schuman 6 box 5 b-1040 bruxelles

t +32 [0]2 742 32 00 f +32 [0]2 734 76 71

bruxelles@avocado.de



avocado
rechtsanwälte

Dr. Rebecca Schäffer, MJJ

spichernstraße 75-77 50672 köln

t +49 [0]221. 39 07 10 f +49 [0]221. 390 71 29

koeln@avocado.de

r.schaeffer@avocado.de

www.avocado.de

avocado rechtsanwälte:

berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts
berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen.