


11.05.22

Produktneutrale Ausschreibung und Gleichwertigkeit

BAURECHT – SEMINAR
ITGA Baden-Württemberg
11.05.2022




DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

1

11.05.22

01 Ausschreibungspraxis



2

Leistungsbeschreibung

- Leistungsbeschreibung die Grundlage für die Vergabe von Bauleistungen
- enthält detaillierte Beschreibungen der auszuführenden Leistungen unter Zugrundelegung der DIN-Normen und der VOB
- Basis für Ausschreibung und Vergleich der Angebote

11.05.22

3

3

3

Konfliktgrundlage: Leistungsbeschreibung

- Leistungsbeschreibung ist Schnittstelle zwischen Planung und Ausführung
- textliche Beschreibung der zu erbringenden Leistung ist eine anspruchsvolle Aufgabe
- Gründe für Fehler vielfältig:
 - Kooperationsprobleme seitens des AG
 - angespannter Wettbewerb
 - Erstellen von Leistungsbeschreibungen aufwendig
- Folge:
 - Konflikte bei Wertung; Interpretationsmöglichkeiten; Probleme bei der Baudurchführung
- das „ideale“ LV ist eindeutig, ohne Interpretationsfreiraum

11.05.22

4

4

4

VHB zur Baubeschreibung



„In der Baubeschreibung sind die Angaben zu machen, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind und die sich nicht aus der Beschreibung der einzelnen Teilleistungen unmittelbar ergeben.“

- „Vereinbarte Beschaffenheit“ – hat ihre Basis in der Leistungsbeschreibung, die aus Vorbemerkungen und LV besteht

11.05.22

5

5

5

Ausschreibungsproblem



- Ausschreibung ist immer hinsichtlich ihres Inhalts auszulegen
- Maßstab: wie versteht Empfängerkreis Inhalt
- Fachwissen und Spezialkenntnisse von SHK-Betrieben wird unterstellt
- Falsche Ausschreibungen müssen moniert werden!

11.05.22

6

6

6

Form- und Verbindungsstücke (DIN 18 380 und DIN 18 381)

0.5 Abrechnungseinheiten

Im Leistungsverzeichnis sind die Abrechnungseinheiten wie folgt vorzusehen:

0.5.3 Anzahl (Stück), getrennt nach Art und Material

Rohrbögen, Formstücke, Befestigungselemente, Verbindungselemente, Verschraubungen, Wand- und Deckendurchführungen etc.

11.05.22

7

7

7

Urteil:

Eine unklare Leistungsbeschreibung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont der angesprochenen Fachkreise auszulegen.

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 05.04.2006 - 7 U 189/05)



11.05.22

8

8

Konsequenz:

Ein Schadenersatzanspruch des Auftragnehmers ist nur dann gegeben, wenn der Auftragnehmer tatsächlich bei sorgfältiger Erstellung der Kalkulation durch die unrichtigen oder unvollständigen Angaben in der Leistungsbeschreibung zu seinem Angebot veranlasst wurde.

Wird auf eine falsche Ausschreibung falsch angeboten, ist der Bieter an sein „falsches“ Angebot gebunden.

Zusätzliche Forderungen im Sinne einer DIN-konformen Abrechnung nach Abschluss des Vertrages sind nicht durchsetzbar.

11.05.22

9

9

9

Urteil:

Ist dem Bieter bekannt, dass die Leistungsbeschreibung fehlerhaft ist, und gibt er gleichwohl ein Angebot ab, steht ihm wegen dieses Fehlers der Ausschreibung ein Anspruch aus culpa in contrahendo auf Ersatz des Vertrauensschadens nicht zu.

(BGH, Urteil vom 01.08.2006 - X ZR 146/03)



11.05.22

10

10

Vorbemerkungen und LV

- keine Widersprüche zwischen Vorbemerkungen und Leistungsbeschreibungen, kein automatischer Vorrang
- Wer z.B. in den Vorbemerkungen eine Rohrart vorgibt und in den Leistungsbeschreibungen Dimensionen abfordert, in denen es die Rohrart nicht gibt, hat schon einen Fehler begangen
- Regelmäßig verwendete Vorbemerkungen unterliegen im Übrigen den Bestimmungen des AGB-Gesetzes
- Vorbemerkungen, die mit dem AGB-Gesetz kollidieren, führen zur Unwirksamkeit
- keine "überraschenden" Inhalte in Vorbemerkungen

11.05.22

11

11

11

02

Leistungsbestimmungsrecht des AG

11.05.22

12

Bedarfsermittlung

- Was wird ausgeschrieben und warum?
- Welche Merkmale sind wesentlich und welche nicht?
- Was ist der Hauptanlass für die Auftragsvergabe?
- Worin bestehen die kritischen Erfolgsfaktoren?
- Welche Ergebnisse sollen erzielt werden?
- Besteht tatsächlich eine Notwendigkeit, die Bauleistungen/Dienstleistungen/Lieferungen auszuschreiben?
- Wer spricht sich dafür aus?
- In welchem Umfang können vorgefertigte Lösungen eingekauft werden?

11.05.22

13

13

13

Auftraggeber hat Leistungsbestimmungsrecht

- öAG steht das Bestimmungsrecht zu, ob und welchen Gegenstand er wie beschaffen will
 - sofern er dabei die Grenzen beachtet und nicht – offen oder versteckt – ein bestimmtes Produkt bevorzugt (und andere Anbieter diskriminiert), ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz frei
 - öAG muss im Vorfeld seiner Ausschreibung keine Markterforschung oder Markterkundung vornehmen, ob eine andere als die von ihm gewählte Lösung möglich ist
 - Leistungsbestimmungsrecht ist der eigentlichen Ausschreibung vorgelagert und muss sachlichen Erwägungen folgen

(VK Bund, Beschluss vom 27.6.2012 – VII Verg 7/12)

11.05.22

14

14

14

Auftraggeber bestimmt Inhalte

- Vergaberecht macht keine Vorgaben hinsichtlich dessen, was AG beschaffen muss oder will
- AG legt funktionale, technische und ästhetische Anforderungen an Beschaffungsgegenstände fest
- konkrete Spezifikationen an Beschaffungsgegenstände müssen objektiv auftrags- und sachbezogen sein
- wenn das realisiert wird, ist eine sich hieraus ergebende wettbewerbsverengende Wirkung grundsätzlich hinzunehmen

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013 - 15 Verg 5/13)

11.05.22

15

15

15

Ausgangspunkt: AG-Interessen

- Beispiel: Wasserlöschanlage Anna-Amalia-Bibliothek, Weimar
 - Hochdruck-Feinsprüh-Wasserlöschanlage war ausgeschrieben
 - Spezifik ergab sich aus örtlichen Gegebenheiten
 - unberücksichtigte Firma rügte, dass sie anderen Bewerbern gegenüber trotz einer ihrer Meinung nach ebenbürtigen Leistung benachteiligt wurde
 - angebotene Leistung des Antragstellers wich aber von der geforderten Spezifikation ab
 - Stiftung war zur Verwendung eines Leitfabrikates berechtigt

11.05.22

16

16

16

AG muss keine Leitfabrikate vorgeben

- Den Vorgaben, wonach die zu beschaffende Leistung erschöpfend und eindeutig zu beschreiben ist, wird genügt, wenn der öffentliche Auftraggeber im Leistungsverzeichnis konkrete Anforderungen an die zu liefernden und zu montierenden Geräte stellt hat.
- Die Vorgabe von Leitfabrikaten durch den Auftraggeber ist nach der VOB/A ebenso wenig vorgeschrieben wie die Angabe der konkret angebotenen Hersteller oder Typen durch den Bieter, sofern dies nicht ausdrücklich verlangt wird.

(VK Bund, Beschluss vom 17.06.2011 - VK 1-57/11)

11.05.22

17

17

17

VOB/A ist seit langer Zeit deutlich...

...was die Nennung von Fabrikaten betrifft:

- Es darf nämlich **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.“

(VOB/A § 7 Abs. 8; wortgleich mit Artikel 34 Abs. 8 der Koordinierungsrichtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004)

11.05.22

18

18

18

Handlungsfreiräume für Planung

- Planer kann aus fachlicher Überzeugung bestimmte Produkte eines bestimmten Herstellers zur Willensbildung dem AG vorschlagen
- dazu sollte er tunlichst:
 - AG umfassend und lückenlos beraten
 - sorgfältige Dokumentation im Interesse des AG und zum Eigenschutz
 - die Grundsätze und Ausschreibungsvorgaben kennen, damit er fehlerfrei ausschreiben kann

11.05.22

19

19

03

Thema: „Produktbenennung“

11.05.22

20

Zulässigkeit produktspezifischer Vorgaben

- drei Ausnahmekonstellationen:
 - Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand
 - Keine Begünstigung oder Diskriminierung
 - Leitfabrikat zur Leistungsbeschreibung nötig

11.05.22

21

21

21

Wann liegen Ausnahmen vor?

„Für eine Ausnahme müssen technische oder wirtschaftliche Gründe vorliegen, so wenn andernfalls der Aufwand in Bezug auf Ersatzteilhaltung, Mitarbeiterschulung und Wartungsarbeiten nicht mehr in einem vertretbaren Rahmen bleibt oder Schnittstellenrisiken bestehen.“

(OLG München Az. Verg. 26/03 vom 15.09.2004)

11.05.22

22

22

22

Gründe

- Gründe für die Vorgabe eines bestimmten Fabrikats können insbesondere in technischen Zwängen liegen, gestalterischen Gründen folgen oder der Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Wartung dienen (OLG Celle, B. v. 22.05.2008 - Az.: 13 Verg 1/08;
- Auch die Erweiterung eines Gebäudes kann ein tragfähiger Grund sein (VK Südbayern, B. v. 28.04.2005 - Az.: 13-03/05).

11.05.22

23

23

23

Legitimes Interesse des AG

- Entscheidend ist also, ob aufgrund der vom Auftraggeber geltend gemachten besonderen Umstände des Einzelfalls ein **legitimes Interesse anzuerkennen ist, ein bestimmtes Produkt vorzuschreiben** (OLG Frankfurt, B. v. 28.10.2003 - Az.: 11 Verg 9/03).
- kaufmännische Entscheidung des AG, welche Leistung mit welchen Merkmalen nachgefragt und ausgeschrieben werden soll, durch **eine Vielzahl von Gesichtspunkten gekennzeichnet**

11.05.22

24

24

24

Sachgrund: Ersatzteilhaltung



- Aufwand in Bezug auf Ersatzteilhaltung, Mitarbeiterschulung und Wartungsarbeit
- Muss sich z. B. eine ausgeschriebene Anlage in eine Gesamtliegenschaft einfügen, die bereits mit Geräten von bestimmten Herstellern ausgestattet ist, bestehen berechnete Interessen an der konkreten Produktvorgabe.
- Die Gründe, z.B. den mit der MSR-Technik für die Universität und die Universitätskliniken verbundenen Aufwand in Bezug auf Handhabung und Wartung
- (OLG Frankfurt, B. v. 29.05.2007 - Az.: 11 Verg. 12/06)

11.05.22

25

25

25

Sachgrund: Schnittstellenrisiko



- Ein öAG muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass ein Bieter anbietet, durch Installation einer produktneutralen Schnittstelle die Kompatibilität - etwa im Mess-, Steuer- und Regeltechnikbereich bzw. Elektronikbereich - erst herzustellen
- Notwendigkeit einer zusätzlichen Anbindung begründet ein Risiko, welches der AG unter Berücksichtigung seiner legitimen Risiken nicht übernehmen muss (OLG Frankfurt, B. v. 28.10.2003 - Az.: 11 Verg 9/03; VK Südbayern, B. v. 29.01.2007 - Az.: Z3-3-3194-1-37-11/06; 1. VK Sachsen, B. v. 23.1.2004 - Az.: 1/SVK/160-03).

11.05.22

26

26

26



04

Problem: "Leitfabrikate"

11.05.22

27

Nennung von „Leitfabrikaten“?



- Nennung eines Hersteller- oder Produktnamens in einer Leistungsbeschreibung ist objektiv Begünstigung dieses Herstellers oder Produkts
- solche Begünstigungen stehen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zu
- Er hat sich „produktneutral“, zu verhalten

„Sinn dieser Vorschrift ist es, den Wettbewerb sicherzustellen. Es soll vermieden werden, dass der AG von sich aus Erzeugnisse oder Verfahren bestimmter Hersteller bevorzugt. Es ist Sache der Bieter, aufgrund ihrer Sach- und Fachkunde die für die Ausführung der Leistung notwendigen Erzeugnisse oder Verfahren auszuwählen.“ (OLG München Az. Verg 26/03 vom 15.09.2004)

11.05.22

28

28

28

Bedeutung von „Leitfabrikaten“

- Begriff suggeriert, dass sich andere Fabrikate an diesem Leitfabrikat messen lassen müssen
- genanntes Leitfabrikat wird zum Maßstab für die Bewertung der Konkurrenzfabrikate
- für Mitwettbewerber großer Mühe und hoher Nachweisaufwand, um vom LV-Ersteller verliehene Spitzenposition im Wettbewerb einzuholen
- derartiges wird von der Rechtsprechung nicht akzeptiert

11.05.22

29

29

29

Ausschreibungstexte der Hersteller

- Oft Herstellertexte so formuliert, dass trotz der Floskel „*oder gleichwertig*“ die Anforderungen nur durch ein einziges Produkt erfüllt werden

„Gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung wird nicht nur dann verstoßen, wenn Leitfabrikate offen in das Leistungsverzeichnis aufgenommen worden sind, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl von Vorgaben verdeckt ein Leitfabrikat ausgeschrieben wird, weil nur ein einziges bestimmtes Produkt allen Vorgaben gerecht wird.“

(OLG München, Az. Verg 10/07 vom 17.09.2007)

11.05.22

30

30

30

„verdeckte“ Leitfabrikate



- Prinzip der „*verdeckten Leitfabrikate*“ erfreut sich großer Beliebtheit
- Planer bzw. LV-Ersteller, die sich eine bestimmte Art der Leistungserbringung (mit einem bestimmten Produkt) vorstellen, arbeiten darauf hin, das Leistungsverzeichnis so zu gestalten, dass eben dieses Produkt sich dem Bieter in der Kalkulationsphase als naheliegend aufdrängt
- rechtlich gefährliche Gratwanderung

11.05.22

31

31

31



05

Problem: "Gleichwertigkeit"

11.05.22

32

„(K)ein Ei gleicht dem anderen...“



11.05.22

33

„gleichwertig“ ist nicht „identisch“

- Gleichwertigkeit setzt keine Identität in allen Beschaffenheitsmerkmalen voraus
- Entscheidend: hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert und nach welchen Parametern diese zu bestimmen ist
- wird aus der Leistungsbeschreibung deutlich, dass es auf das optische Erscheinungsbild eines Oberputzes ankommt, und wird die Gleichwertigkeit eines angebotenen Putzes hinsichtlich des Erscheinungsbildes gerade nicht nachgewiesen, ist die Entscheidung des Auftraggebers gegen dieses Angebot hinzunehmen.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.01.2013 - Verg 33/12)

11.05.22

34

34

34

Beurteilung von Gleichwertigkeit

- Ausschreibung muss verdeutlichen, welche Kriterien bzw. Eigenschaften des genannten Produkts von besonderer Bedeutung sind
- damit Grundlage vorhanden, auf der man die vorhandene oder fehlende "Gleichwertigkeit" eines anderen angebotenen Produkts ermitteln kann
- fehlen Kriterien oder Eigenschaften, kommt es bei der Wertung der Angebote nur auf das Kriterium des niedrigsten Preises an

11.05.22

35

35

35

Leistungsmerkmale entscheidend

- Für die Frage der Gleichwertigkeit eines angebotenen Fabrikats im Verhältnis zum ausgeschriebenen Fabrikat ist in erster Linie auf die sonstige allgemeine Leistungsbeschreibung abzustellen
- in ihr bringt der Auftraggeber für die Bieter erkennbar zum Ausdruck, auf welche Leistungsmerkmale es ihm wesentlich ankommt

(VK Nordbayern, Beschluss vom 06.09.2012 - 21.VK-3194-15)

11.05.22

36

36

36

Bieter muss sich festlegen

- Lautet die Ausschreibung auf ein ausdrücklich benanntes Leitfabrikat "oder gleichwertig", muss der Bieter entweder das Leitfabrikat oder ein vergleichbares Produkt anbieten
- Ein alternatives Angebot mehrerer Produkte ist - unabhängig davon, ob die Auswahl letztlich dem Auftragnehmer oder dem Auftraggeber zufallen soll - unzulässig

(OLG Koblenz, Beschluss vom 06.06.2013 - 2 U 522/12)

11.05.22

37

37

37

Zweifel an der Gleichwertigkeit

- bestehen an der Gleichwertigkeit von angebotenen Produkten Zweifel, so ist die Gleichwertigkeit vom Bieter nachzuweisen
- vorher detailliert ermitteln, welche Kriterien in der Ausschreibung genannt werden sollen

11.05.22

38

38

38



DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

**VIELEN DANK FÜR IHRE
AUFMERKSAMKEIT!**

11.05.22

39

www.ra-dp.de

dimanski@ra-dp.de

Tel.: 0391-53 55 96-16

Fax.: 0391-53 55 96-13