


 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

Produktneutrale Ausschreibung und Gleichwertigkeit

R+F, Würzburg, 16.05.2019

RA Dr. jur. Hans-Michael Dimanski




 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE


Ausschreibung - Grundsätze und Verfahren

16.05.19

„Private“ und „öffentliche“ Ausschreibungen

- Öffentliche Auftraggeber haben eine Vielzahl von Verpflichtungen im Vergabewesen
- VOB/A ist deshalb für Planer Ausschreibungs-Grundgesetz für ö.A.
- Praktiken, die bei Ausschreibungen von privaten Auftraggebern (branchen-) üblich sind, müssen bei Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber unterbleiben
- Planer müssen diese beiden „Welten“ auseinanderhalten
- Themen: „Materialauswahl“ und „Produktneutrale Ausschreibung“ sind dabei Hauptkonfliktfelder

3


 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

Vorgabe der VOB/A § 7

Bieter sollen

- die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreiben können
- neben anderen Bewerbern die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können
- die Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können

4

Öffentliches Auftragswesen

- Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand, von Bund, Ländern, Gemeinden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts.
- auch Zuwendungsempfänger
- Vergaberecht regelt die Auswahl der Vertragsparteien
- Ziel: das wirtschaftlichste Angebot zu finden
- Grundsätze:
 - Wirtschaftlichkeit
 - Transparenz (Veröffentlichung der Ausschreibung, Dokumentation des Verfahrens)
 - Wettbewerb (Beteiligung möglichst vieler Bieterinnen und Bieter, fairer Wettbewerb, freier Zugang zum Verfahren)
 - Gleichbehandlung (Nichtdiskriminierung, Neutralität)

5

Vergabearten

- nationales Vergabeverfahren
- europaweites Vergabeverfahren
- schwellenwertabhängig (unterschiedliche Werte für unterschiedliche Leistungsbereiche (Baufträge z.B. über 5.225.000,- - europaweite Ausschreibung)

6

Rechtliche Grundlagen

- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB),
- Vergabeordnung (VgV)
- haushaltsrechtlichen Vorschriften (für den Bund z.B. in der Bundeshaushaltsordnung -BHO-)
- Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)
- Vertrags- und Vergabeordnung für Bauleistungen (VOB/A)
- Verdingungsordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF)

Wahl der Vergabeart

- Es ist dem öffentlichen Auftraggeber nicht gestattet, frei zu entscheiden, welches Vergabeverfahren zur Anwendung kommt
- Es gilt der Grundsatz der Hierarchie der Vergabeverfahren
- Rangfolge im nationalen Verfahren:
 - öffentliche Ausschreibung
 - Beschränkte Ausschreibung
 - Freihändige Vergabe

Grundsätze öffentliche Ausschreibung

- grundsätzlich öffentlich ausschreiben
- kann nicht öffentlich ausgeschrieben werden, muss beschränkte Ausschreibung geprüft werden
- beschränkte Ausschreibung hat somit Vorrang vor der freihändigen Vergabe
- sowohl die öffentliche, als auch die beschränkte Ausschreibung erfordern ein formelles Verfahren mit bestimmten Fristen

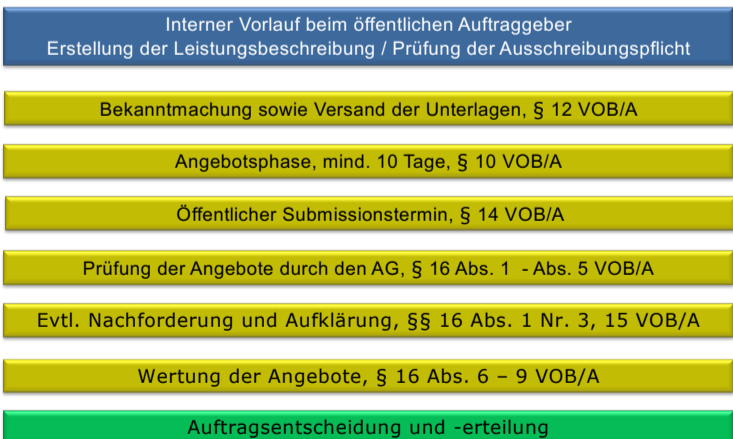
10

Öffentliche Ausschreibung

- Offenes Verfahren
- unbeschränkte Anzahl von Bieterinnen und Bietern wird durch öffentliche Bekanntmachung zur Abgabe von Angeboten aufgefordert
- keine vorherige Einengung des Bewerberkreises
- alle interessierten Unternehmen haben die Möglichkeit, ein Angebot einzureichen.
- Regelverfahren mit strengen Form- und Fristvorschriften

11

Ablauf eines Vergabeverfahrens



12

Beschränkte Ausschreibung

- Nichtoffenes Verfahren
- Verfahren unterhalb der Schwellenwerte nur zulässig, z.B. wenn beschränkter Kreis von Unternehmen, kein wirtschaftliches Ergebnis einer vorangegangenen öffentlichen Ausschreibung vorliegt oder Dringlichkeit u.a.).
- Oberhalb der Schwellenwerte ist das Verfahren nur unter Beachtung des § 3 a VOB/A bzw. § 3 a VOL/A zulässig
- Aufgeforderte Bieter geben ein Angebot ab
- öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet

13

Freihändige Vergabe


- Verhandlungsverfahren
- unterhalb der Schwellenwerte nur in den in § 3 Nr. 4 lit. a bis p der VOL/A abschließend geregelten Ausnahmefällen gestattet (z.B.: es kommt aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht, besondere Dringlichkeit, vorteilhafte Gelegenheit, besondere schöpferische Fähigkeiten erforderlich u.a.).
- Ausnahmetatbestandes ist aktenkundig zu machen.

14

Ablauf der freihändigen Vergabe

- AG fordert mindestens drei Bewerberinnen oder Bewerber zur Angebotsabgabe auf
- in der Regel öffentlicher Teilnahmewettbewerb
- Limit (20.000 Euro) festgelegt
- Teilung von Aufträgen in Einzelaufträge zum Zweck der Unterschreitung dieses Höchstwertes ist unzulässig
- mindestens drei Angebote einholen, außer bei Auftragswert bis 1.000 Euro
- Verfahren und das Ergebnis der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes sind stets aktenkundig zu machen


15


 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

Ausschreibungspraxis

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


 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

17

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


 DR. DIMANSKI · SCHERMAUL · RECHTSANWÄLTE

18

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

19

Haftung für Ausschreibungsqualitäten

- Unzureichende Leistungsbeschreibung
 - Eine Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn wegen Aufstellung einer unzureichenden Leistungsbeschreibung kommt in Betracht, wenn dieser Umstand einen Baumangel zur Folge hat oder den Bauunternehmer dazu berechtigt, von dem Bauherrn eine veränderte höhere oder zusätzliche Vergütung zu verlangen (OLG Celle , 7 U 216/03)
- Unklare allgemeine Vorbemerkungen
 - Unklare allgemeine Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis stellen eine Verletzung der Pflichten des Architekten aus Lph 6 dar und können zum Honorarverlust führen (LG Aachen , 4 O 269/84)

20

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.

21

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!

22

Urteil:

Eine unklare Leistungsbeschreibung ist nach dem objektiven Empfängerhorizont der angesprochenen Fachkreise auszulegen.
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 05.04.2006 - 7 U 189/05)


23

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.

24


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.

25  DR. DIMANSKI-SCHERMAUL-RECHTSANWÄLTE


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)

26  DR. DIMANSKI-SCHERMAUL-RECHTSANWÄLTE

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

27  DR. DIMANSKI-SCHERMAUL-RECHTSANWÄLTE

Planung und Materialauswahl

- Zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Planungsaufgabe gehört auch die Beratung des AG im Hinblick auf die Auswahl von Baumaterialien. Dabei ist das Gebot der Wirtschaftlichkeit zu beachten
- Planungsfehler, wenn über die mit einem bestimmten Produkt zusammenhängenden Folgekosten (z.B. Instandhaltungsaufwand) nicht aufgeklärt wird (OLG Koblenz 30.05.2011 – 5 U 297/11)

28

Bauprodukte und Ausschreibungsrisiken

- seit 2015 (EuGH-Rechtsprechung) Unruhe und Verunsicherung bei Ausschreibungen wg. Wegfall von langjährigen gesetzlichen Grundlagen für die Verwendung von Bauprodukten
- derzeit im Hinblick auf die Verwendung von Bauprodukten im allgemeinen und die Zulässigkeit von Ü-Zeichen im Besonderen Unsicherheiten mit unübersehbaren Haftungsfolgen für planende und ausschreibende Architekten und Ingenieure, Auftragnehmer, aber auch Bauherren
- Architekten-Haftpflichtversicherer reagieren mit Prämien erhöhungen von 20 %

29

Bisherige Rechtslage

- § 633 BGB: Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art und Weise erwarten kann.

30

Bisherige Rechtslage

- Beim VOB-Vertrag:
- § 1 Abs. 1 VOB/B: Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrags gelten auch die Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C).
- § 4 Abs. 2 VOB/B: Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik zu beachten.

31

Inhalt der Leistungsbestimmung

- kein Unterschied zwischen BGB- und VOB-Verträgen:
 - Die subjektive Komponente der vertraglichen Leistungsbestimmung erfolgt durch den Vertrag (konkretisiert durch das Leistungsverzeichnis, technische Vorbemerkungen u.ä.).
 - Die objektive Komponente ergibt sich aus den anerkannten Regeln der Technik, welche beim VOB-Vertrag durch die Einbeziehung der VOB/C, d.h. der veröffentlichten DIN-Normen), definiert sind, beim BGB Vertrag dagegen durch die „gewöhnlicher Verwendung“ bzw. die „übliche Beschaffenheit“, welche im Regelfall ebenfalls durch die anerkannten Regeln der Technik und damit die DIN-Normen definiert werden.

32

Chaos oder System?

- Wer heute in Deutschland plant und baut, muss
- rund 170 rechtsverbindliche Bundesvorschriften
 - rund 200 bis 300 differenzierte Länderbestimmungen kennen und entsprechend der spezifischen Bauaufgabe korrekt anwenden
 - hinzu kommen rund 2500 Normen, Richtlinien, Merkblätter und weitere Regelwerke, die zu beachten sind

Fundament ist bisher das nationale, über Jahrzehnte gewachsene bautechnische Regelwerk, überwiegend aus DIN-Normen bestehend

33

DIN-Normen

- sind keine Rechtsnormen sondern private technische Regelungen, die Empfehlungscharakter haben;
- sie können die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, müssen dies jedoch nicht.
- Einhaltung der DIN Normen begründet aber die widerlegbare Vermutung, dass sie die anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, führt zu einer Umkehr der Beweislast
- Bei Nichteinhaltung spricht der Beweis des ersten Anscheins für eine mangelhafte Bauleistung

34

Nationale und europäische Regelungen

- DIN-Normen werden über das Deutsche Institut für Normung, Berlin, herausgegeben und über den Beuth Verlag veröffentlicht.
- europäischen Normen werden vom europäischen Komitee für Normung in Brüssel (Comite Europeen de Normalisation CEN) herausgegeben und können dort abgefragt werden.
- die mit DIN EN gekennzeichneten europäischen DIN-Norm haben Vorrang vor den nationalen DIN-Normen, verdrängen diese jedoch nicht

35

Normen werden Vertragsinhalt

- Bei VOB-Verträgen sind die für das jeweilige Gewerk geltenden DIN Bestimmungen gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B zum Vertragsbestandteil gemacht.
- Beim reinen BGB Vertrag sind allgemein anerkannte Regeln der Technik und damit veröffentlichte DIN Normen Vertragsbestandteil
- Vorrang der DIN EN Normen, soweit zum jeweiligen Baugewerk sowohl nationale DIN Normen wie europarechtliche DIN EN Normen existieren

36

Öffentliches Recht - Vertragsbestandteil

- Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften geschuldet, d.h. die Bestimmungen des Bauordnungsrechts (Landesbauordnungen) inklusive der dortigen Normen über die bauaufsichtlich eingeführten technischen Baubestimmungen
- Musterbauordnung (als Empfehlung) bzw. durch die einzelnen Bundesländer kodifizierten Landesbauordnungen

37



Planerverantwortung

„Im Rahmen der Objektüberwachung ist es Aufgabe des Architekten zu prüfen ob die vom Unternehmer eingesetzten Baustoffe die notwendige Qualität für eine ordnungsgemäße Erfüllung der entsprechenden Bauleistung aufweisen.“
(Brandenburgisches OLG, BauR 2001, 283)

38





Leistungsbestimmungsrecht des AG

16.05.19

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?

40

Bewertung der Optionen

- Wurde eine Bewertung der Optionen vorgenommen, um verschiedene Möglichkeiten zur Deckung des ermittelten Bedarfs zu erwägen?
- Überlegung, ob die jeweilige Beschaffung in Form einer herkömmlichen Beschaffung oder einer öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP) zur Anwendung kommen sollte
- Gibt es innovative Lösungen, um den Bedarf zu decken?

41

Mittelausstattung und Finanzierung

- Festlegung eines realistischen Finanzrahmens für die Verwirklichung der Auftragsziele
- Grundlage hierfür klar umrissene Anforderungen sowie aktuelle Angaben zu den Marktpreisen
- Budgetüberwachung; Berücksichtigung von Lebenszykluskosten für eine Bewertung

42

Bezahlbarkeit

- Mittelverfügung
- Risikoanalyse, dass die Auftragskosten soweit steigen können, dass sie die verfügbaren Mittel überschreiten
- Notfallpläne für derartige Fälle

43

Festlegung von Richtwerten

- Im Vorfeld werden Richtwerte festgelegt, d. h. der öAG skizziert vorab ein theoretisches Profil des optimalen Bieters

44

Erreichbarkeit des Ziels

- Fehlerquelle: öAG erwartet vom Markt die Erfüllung des Auftrags, ohne im Vorfeld die Marktteilnehmer zu ihren Vorschlägen konsultiert zu haben.
- nicht alle Aufträge sind realisierbar
- Probleme können im Zusammenhang mit dem Reifegrad der Technologie, einer gesättigten Nachfrage oder einem übermäßigen Risikotransfer auftreten.
- Benötigt der öffentliche Auftraggeber Leistungen, die über die (gegenwärtigen) Möglichkeiten des Marktes hinausgehen?
- Sind die Zeitvorgaben realistisch?

45

Dialog im Markt

- Für Beschaffer von Nutzen, sich einen Überblick über den Markt zu verschaffen
- Marktforschungsergebnisse Basis für Ausschreibungsverfahren
- Dialog mit Marktteilnehmern vor der Einleitung des Vergabeverfahrens kann dazu beitragen, innovative Lösungen oder neue Waren und Dienstleistungen zu ermitteln
- Informationen zum voraussichtlichen Bedarf des öAG an Marktteilnehmer
- Achtung bei Beratung und Beteiligung

46

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)*

47

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)*

48

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

49

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)

50

- Der Auftraggeber ist also nicht verpflichtet, z.B. Fabrikatsangaben im Angebot zu verlangen; er darf sie nach der Angebotsöffnung im Rahmen der Aufklärung nachfragen

(VK Nordbayern, B. v. 21.07.2008 - Az.: 21.VK - 3194 - 27/08; B. v. 23.04.2008 - Az.: 21.VK - 3194 - 15/08).

51

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)

52



Handlungsfreiräume

- 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

53





Thema: „Produktbenennung“

Zulässigkeit produktspezifischer Vorgaben

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

55

Ausnahme 1: Ausschreibungsgegenstand

- Produktneutralität nämlich nur, soweit Auftragsgegenstand keine spezifische Ausschreibung rechtfertigt
- Auftragsgegenstand ist allerdings nicht Gewerk, sondern Bauvorhaben (Bürogebäude oder Schule?)
 - besondere Funktion des BV
 - besondere Schutzziele (OLG Düsseldorf, VergabeR 2005,188) z.B. Brandschutz, Gesundheitsschutz, Energieeffizienz, Trinkwasserhygiene (§ 17 Abs. 1, S. 4 – Einsatz von zertifizierten Verfahren und Produkten)
 - Zweckbauten; Bestandssanierungen (Schnittstellenvermeidung)
 - Nachhaltigkeit (wirtschaftliche Vorteile des AG durch Betrieb, Wartung, Instandhaltung)

56

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)

57

**Ausnahme 2
Keine Begünstigung**

- Spezifik möglich, wenn nicht bestimmte Unternehmen oder Produkte begünstigt werden
- wenn bestimmtes Produkt konkurrenzlos ist
- in diesem Fall muss der Zusatz „oder gleichwertig“ entfallen, denn durch diesen Zusatz würde die Forderung nach einem konkreten Fabrikat wieder obsolet gemacht.
- Formulierung „oder gleichwertig“ bedeutet eben gerade, dass der Auftraggeber nicht auf dem erwähnten Fabrikat besteht

58

**Ausnahme 3
Leitfabrikat zur Beschreibung nötig**

- Produktspezifische Ausschreibungen sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann;
- sie sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.
- Problem: „Leitfabrikate“

59

- Die VOB kann ein legitimes Interesse des Auftraggebers, ein bestimmtes Produkt zu verwenden oder eine bestimmte Art der Ausführung zu erhalten, nicht einschränken

OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09; B. v. 22.10.2009 - Az.: VII-Verg 25/09;
 OLG Frankfurt, B. v. 28.10.2003 - Az.: 11 Verg 9/03; Saarländisches OLG, B. v. 29.10.2003 - Az.:
 1 Verg 2/03; 2. VK Bund, B. v. 09.08.2006 - Az.: VK 2 - 77/06; VK Lüneburg, B. v. 12.05.2005 -
 Az.: VgK-15/2005; VK Niedersachsen, B. v. 16.11.2009 - Az.: VgK-62/2009; VK Nordbayern, B. v.
 09.07.2009 - Az.: 21.VK - 3194 - 15/09; B. v. 13.02.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 02/07; B. v.
 16.01.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 43/06; VK Schleswig-Holstein, B. v. 28.11.2006 - Az.: VK-SH
 25/06)

60

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).

61

Objektive Gründe für produktspezifische Ausschreibung

- Es bedarf **dafür einer sachlichen Rechtfertigung durch die Art der zu vergebenden Leistung**
- sachliche Rechtfertigung bedarf **objektiver, in der Sache selbst liegender Gründe**, die sich zum Beispiel aus der besonderen Aufgabenstellung des Auftraggebers, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache ergeben können.

(OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09; B. v. 22.10.2009 - Az.: VII-Verg 25/09; 2. VK Bund, B. v. 14.10.2009 - Az.: VK 2 - 174/09; 3. VK Bund, B. v. 01.10.2009 - Az.: VK 3 - 172/09; 1. VK Hessen, B. v. 11.12.2006 - Az.: 69 d VK 60/2006 - instruktiver Grenzfall; VK Münster, B. v. 18.02.2010 - Az.: VK 28/09; VK Nordbayern, B. v. 09.07.2009 - Az.: 21.VK - 3194 - 15/09; B. v. 13.02.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 02/07; VK Südbayern, B. v. 29.01.2007 - Az.: Z3-3-3194-1-37-11/06; VK Thüringen, B. v. 08.05.2008 - Az.: 250-4002.20-899/2008-006-G)

62

Rechtfertigung

- Forderung besonderer Leistungsmerkmale, bezogen auf die Art der zu vergebenden Leistung, muss sich „rechtfertigen“ lassen
- es muss sachlich vertretbar sein
- welche Leistung mit welchen Merkmalen beschafft werden soll, ist regelmäßig von einer Vielzahl von Gesichtspunkten abhängig, die sich etwa daraus ergeben können, dass sich die auf dem Markt angebotenen Leistungen trotz grundsätzlicher Gleichartigkeit regelmäßig in einer Reihe von Eigenschaften voneinander unterscheiden

(OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09; B. v. 22.10.2009 - Az.: VII-Verg 25/09;

63

Differenzierte Kriterien

- Eine **Differenzierung nach solchen Kriterien, soweit sie auf die Art der zu vergebenden Leistung bezogen sind, kann dem Auftraggeber nicht verwehrt werden.**
- Nach welchen sachbezogenen Kriterien die Beschaffungsentscheidung auszurichten ist, ist ihm (auch in einem Nachprüfungsverfahren) nicht vorzuschreiben.
- Dem Auftraggeber steht hierbei ein - **letztlich in der Privatautonomie wurzelndes - Beurteilungsermessen** zu, dessen Ausübung im Ergebnis nur darauf kontrolliert werden kann, ob seine Entscheidung sachlich vertretbar ist

(OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09;

64

Überprüfung durch Vergabekammern

- Entscheidung des öAG ist nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit oder erst recht auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu kontrollieren ist, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht.
- Ist ein derartiger sachlicher Bezug zum Auftragsgegenstand zu bejahen, findet keine Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Ausübung eines Beurteilungsspielraums entwickelt worden sind.

65

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,**

66

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)

67

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).

68

Wahl zwischen nur zwei Systemen

- Stehen **nur zwei innovative Systeme zu Gebote und besitzt noch keines eine allgemeine Zulassung**, so sind keine durchgreifenden Gründe erkennbar, dass die Vergabestelle nicht sich für eines entscheiden, die Einzelzulassung aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und der Kostenbegrenzung betreiben und einzelsystemspezifisch ausschreiben dürfte. (OLG Stuttgart, B. v. 15.1.2003 - Az.: 2 Verg 17/02).

69

Produkte mit Alleinstellungsmerkmal

- **Leistungsbeschreibung kann auch auf ein als einziges derzeit marktgängiges Produkt hinauslaufen.**
- Dies führt nicht per se zu einer wettbewerbsfeindlichen Verengung des Angebotsmarktes
- Wenn sich alle Bieter sich dieses Produkt besorgen können und die Bieter von der Möglichkeit eines Bezugs von der Herstellerfirma weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen sind
- Dass dies nicht wirtschaftlich ist, wenn man selbst ein ähnliches Produkt herstellt, kann nicht zum Anlass genommen werden, der Vergabestelle vorzuhalten, dass sie ein Produkt mit ganz bestimmten technischen Merkmalen nicht fordern darf (VK Münster, B. v. 20.04.2005 - Az.: VK 6/05).

70

Problem: "Leitfabrikate"

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)*

72

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

73

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)

74

„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

75

Nur ein Produkt passt..

Soweit durch die Vielzahl der Vorgaben im Leistungsverzeichnis in einzelnen Positionen genaue Festlegungen, d. h. Mindestbedingungen hinsichtlich verschiedener Leistungsparameter getroffen wurden, denen nur ein einziges, bestimmtes Produkt gerecht werden kann, lässt sich lediglich über den Zusatz "oder gleichwertig" im Zusammenhang mit der Vorgabe eines (nicht produktneutralen) Leitfabrikats der Wettbewerb nicht eröffnen.

(VK Sachsen, Beschluss vom 01.07.2011 - 1/SVK/025-11)

76

Leitfabrikate und Biaternutzen

- VOB/A-widrige Vorgehensweise, „Leitfabrikate“ auszuschreiben, trifft in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle auf das stille Einverständnis des Bieters
- er erspart sich Arbeitsaufwand in der Kalkulationsphase

77

Produktneutralität hat Bierrisiken

- Bieter kann nicht sicher sein, ob das von ihm gewählte und bepreiste Produkt aus der Sicht des Auftraggebers die vertraglichen Anforderungen erfüllt
- VOB/A-widrige Ausschreibung von Leitfabrikaten erspart Diskussionen mit dem Auftraggeber um die Gleichwertigkeit, wenn Leitfabrikat angeboten wird

78

Planerrisiken

- Nennung von Leitfabrikaten in einer Ausschreibung kann Bieter zu einer Rüge veranlassen
- wird dieser Rüge nicht abgeholfen, kann der Bieter
 - bei Ausschreibungen oberhalb der EU-Schwellenwerte ein Nachprüfungsverfahren einleiten
 - unterhalb der Schwellenwerte, also in dem Bereich ohne vergaberechtlichen Primärrechtsschutz, zivilrechtlichen Maßnahmen wie z. B. einstweiliger Verfügung möglich
- Nachprüfungsverfahren hat für den öffentlichen Auftraggeber terminliche und kostenmäßige Konsequenzen sind bekannt – Planerregress

79





Problem: "Gleichwertigkeit"

„(K)ein Ei gleicht dem anderen...“



„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)

82

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

83

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)

84

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)

85

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

86

Am Ende wird alles gut. Und wenn es nicht gut ist, ist es noch nicht das Ende. Oscar Wilde

...ich bin am Ende...

Danke für das Interesse.

dimanski@ra-dp.de

Tel.: 0391-53 55 96-16
Fax: 0391-53 55 96 -13

www.ra-dp.de



DR. DIMANSKI-SCHERMAUL-RECHTSANWÄLTE
