

Heft 05/2021

# VergabePrax

Zeitschrift zur Praxis des Vergaberechts

€ 6,- inkl. MwSt. im Abonnement

€ 9,- inkl. MwSt. im Einzelheft

**Herausgeber:**

Dr. jur. Thomas Ax

**Redaktion:**

Tobias R.C. Schmitt



**AX VERLAG**

FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT



# INHALT

<b>Blick in die Praxis</b>	<b>4</b>	Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind	24
Bad Salzuflener Modell: Bau- und Dienstleistungskonzession(en) für Errichtung und Betrieb von Kindertageseinrichtungen	4	OLG Brandenburg: Betriebe der öffentlichen Hand sind den kaufmännisch geführten Gewerbebetrieben zuzuordnen	31
Kasseler Modell: Einkauf von Belegplätzen für Kinder städtischer Bediensteter in einer öffentlichen Kindertagesstätte	4	<b>Das aktuelle Thema</b>	<b>34</b>
Modell Dienstleistungskonzession Kombieinrichtung	5	VertragsMan Dienstleistungen: Effektive Vertragsgestaltung, heute: Vertrag zur Übernahme eines Kernbereichsmanagements in Hessen	34
Gleichwertigkeit bei Produktbezogenheit in der Ausschreibung	6	<b>Gruppe Innovative Finanzierungsformen</b>	<b>40</b>
<b>Aktuelle Entscheidungen</b>	<b>11</b>	INNOVATIV und sportlich: Rahmenvereinbarung über das Leasing von Fahrrädern für die Mitarbeitenden eines öffentlichen Auftraggebers	40
OLG Celle: Sollen die Bieter ihre Konzepte für die Erfüllung von Qualitätskriterien schriftlich darstellen, hat der Wettbewerb partiell das Gepräge eines Vergabeverfahrens mit funktionaler Leistungsbeschreibung	11	<b>Werbung</b>	<b>44</b>
LG Bonn: Lieferung von Atemschutzmasken: Fristsetzung zur Nacherfüllung ist entbehrlich, wenn der Verkäufer die Leistung (hier: die mangelfreie Lieferung der vereinbarten Masken) nicht bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin bewirkt hat	15	Beratungsstelle für Vergabeeinzelfallberatung	44
OLG Düsseldorf: Im Vergabevermerk enthaltene Angaben und mitgeteilte Gründe für getroffene Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen		<b>Veranstaltungen und Seminare</b>	<b>46</b>
		Seminare	46
		<b>Publikationen zum Vergaberecht</b>	<b>47</b>
		VOB – konzentriert und aktuell – was Praktikerinnen und Praktiker über die VOB wissen müssen	47
		Qualitätsvolle Auftragsvergabe Band 1 - Vergabe und Vertrag - VOB	47
		<b>Bestellformular</b>	<b>48</b>
		<b>Stellenanzeigen</b>	<b>49</b>
		<b>Impressum</b>	<b>50</b>

## Blick in die Praxis

### **Bad Salzuflener Modell: Bau- und Dienstleistungskonzession(en) für Errichtung und Betrieb von Kindertageseinrichtungen**

vorgestellt von Thomas Ax

Es geht eigentlich immer um die Realisierung eines bedarfsgerechten Angebotes zur wohnortnahen Versorgung mit Kindertagesbetreuungsplätzen. Bad Salzuflen hat einen eigenen innovativen Ansatz gewählt:

Es ist beabsichtigt den Bau und den Betrieb von Kindertageseinrichtungen gemäß Kinderbildungsgesetz NRW (KiBiz NRW) im Stadtgebiet Bad Salzuflen zu beauftragen. Dazu werden 3 bebaubare städtische Grundstücke im Rahmen eines Erbpachtverhältnisses zur Verfügung gestellt. Die 3 städtischen Grundstücke liegen in den Ortsteilen Salzuflen, Werl-Aspe und Wülfer-Bexten. Dazu sollen auf den genannten Grundstücken, nach der Übergabe an einen freien Träger der Jugendhilfe/Investor, Kindertageseinrichtungen entsprechend den aktuellen Standards und entsprechend den baulichen Möglichkeiten, die die Standorte bieten, gebaut werden.

Ziel der Ausschreibung ist es, Träger bzw. Investoren zu gewinnen. Vorrangiges Ziel dabei ist es, den kurzfristigen Bedarf von dringend benötigten Kindertagesbetreuungsplätzen zu decken und daraufhin langfristig eine Betreuung sicherzustellen. Dazu soll nach erfolgter Vermessung auf Teilflächen der Grundstücke am Elkenbreder Weg (Flurstücke 1142 und 1320, Flur 028, Gemarkung Bad Salzuflen), nach der Übergabe an einen freien Träger der Jugendhilfe/Investor, eine Kindertageseinrichtung entsprechend der aktuellen Standards und der baulichen Möglichkeiten, die der Standort bietet, gebaut werden.

Es soll eine Kindertageseinrichtung mit ca. 70 Plätzen entstehen, die alle Altersgruppen bzw. Gruppenformen gemäß Kinderbildungsgesetz berücksichtigt. Diese Zielvorgabe wird möglicherweise in dem Verhandlungsverfahrensabschnitt an geänderte Rahmenbedingungen oder Erkenntnisse aus den Bietergesprächen angepasst. Soweit das der Fall ist, erhalten die Bieter eine ausdrückliche Mitteilung. Ohne eine solche Mitteilung ist die vorgenannte Zielvorgabe von 70 Plätzen zugrunde zu legen.

Die Stadt Bad Salzuflen legt Wert darauf, dass bei dem Bau und Betrieb der Kindertageseinrichtungen alle gesetzlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden und ein harmonisches Gesamtkonzept entsteht. Die Grundlage des am Standort zu entwickelnden Gesamtkonzeptes ist ein Kindertagesbetreuungsangebot für die Förderung und Betreuung von Kindern bis zum Beginn der Schulpflicht auf der Grundlage des Kinderbildungsgesetzes NRW unter Berücksichtigung der gemeinsamen Förderung von Kindern mit oder mit drohender Behinderung und nicht behinderten Kindern.

Das Angebot ist auf die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung in dem Stadtgebiet Bad Salzuflen abzustimmen. Ein konzeptioneller Schwerpunkt wird nicht vorgegeben.

Der Kitabetrieb kann nach erfolgter Zuschlagserteilung zum nächstmöglichen Zeitpunkt aufgenommen werden. Für einen Übergang bis zur Neubaufertigstellung stehen Gebäude in unmittelbarer Nähe zur Verfügung. Interimslösung: Die vorhandenen Gebäude können für bis zu 70 Kinder bis zum Beginn der Schulpflicht genutzt werden. Eine Besichtigung ist während der Verhandlungsphase in der 2. Stufe des Verfahrens möglich.

### **Kasseler Modell: Einkauf von Belegplätzen für Kinder städtischer Bediensteter in einer öffentlichen Kindertagesstätte**

vorgestellt von Thomas Ax

Die Stadt Kassel möchte ab dem 1. August 2021 Belegplätze für Kinder städtischer Bediensteter in einer öffentlichen Kindertagesstätte einkaufen.

Dafür müssen in dieser Kita Plätze zwei Gruppen – eine für 12 Krippenkinder und eine für 25 Kindergartenkinder – zur Verfügung stehen. Das Angebot soll von einem freien Träger betrieben werden. Die Betreuung muss mindestens montags bis freitags von 7 bis 17 Uhr stattfinden. Der Träger muss den Kindern eine Mittagsverpflegung anbieten. Die Einrichtung darf maximal vier Wochen im Jahr geschlossen sein, zuzüglich Feiertage. Zusätzliche Öffnungszeiten und die flexible Buchung der Plätze ist wünschenswert (zum Beispiel Stundenkontingente). Der Betrieb der Kindertagesstätte hat nach den Vorschriften der §§ 22 bis 26 Sozialgesetzbuch (SGB) VIII und den landesspezifischen Regelungen, insbesondere den §§ 25 bis 34 des Kinder- und Jugendhilfegesetzbuchs (HKJGB), zu erfolgen. Der freie Träger muss eine Betriebserlaubnis vorweisen und die Voraussetzungen zur Anerkennung nach § 45 SGB VIII

und § 75 SGB VIII erfüllen. Der Betreuungsschlüssel muss die Mindestanforderungen aus dem Hessischen Kinderförderungsgesetz (HessKiföG) erfüllen.

Die Einrichtung muss fußläufig zum Hauptverwaltungsstandort, dem Kasseler Rathaus, liegen und für Eltern gut erreichbar sein.

### Verfahrensart

Verhandlungsverfahren

### Laufzeit des Vertrags

Beginn: 01/08/2021

Ende: 31/07/2025

Der Vertrag wird zunächst für vier Jahre abgeschlossen und verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn nicht eine der beiden Vertragsparteien sechs Monate vor Ablauf der Vertragslaufzeit kündigt.

### Teilnahmebedingungen

#### Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister

Auflistung und kurze Beschreibung der Bedingungen: Der Betrieb der Kindertagesstätte hat nach den Vorschriften der §§ 22 bis 26 Sozialgesetzbuch (SGB) VIII und den landesspezifischen Regelungen, insbesondere den §§ 25 bis 34 des Kinder- und Jugendhilfegesetzbuchs (HKJGB), zu erfolgen. Der freie Träger muss eine Betriebserlaubnis vorweisen und nachweisen, die Voraussetzungen zur Anerkennung nach § 45 SGB VIII und § 75 SGB VIII zu erfüllen.

#### Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Der freie Träger muss eine Betriebserlaubnis vorweisen und nachweisen, die Voraussetzungen zur Anerkennung nach § 45 SGB VIII und § 75 SGB VIII zu erfüllen.

#### Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien:

Der freie Träger muss eine Betriebserlaubnis vorweisen und nachweisen, die Voraussetzungen zur Anerkennung nach § 45 SGB VIII und § 75 SGB VIII zu erfüllen.

#### Zuschlagskriterien

Die nachstehenden Kriterien

Qualitätskriterium - Name: Pädagogisches Konzept / Gewichtung: 25

Qualitätskriterium - Name: Raum- und Ausstattungskonzept / Gewichtung: 25

Preis - Gewichtung: 50

## Modell Dienstleistungskonzession Kombieinrichtung

vorgestellt von Thomas Ax

Die Gemeinde Am Mellensee hat mit der Vergabe der Dienstleistungskonzession Kombieinrichtung Neuland beschritten.

Gegenstand dieser Ausschreibung war die Vergabe einer Bau- und Dienstleistungskonzession über die Planung, den Bau und Betrieb einer Kombieinrichtung mit Kita, Hort und Jugendklub in der Gemeinde Am Mellensee, Ortsteil Mellensee.

Die Gemeinde stellt im Rahmen eines Erbbaurechtsvertrages das erforderliche Grundstück – einschließlich Baufeldfreimachung – mit einer Teilfläche von etwa 3 000 Quadratmetern zur Verfügung. Zudem besteht seitens der Gemeinde die Bereitschaft, zur Refinanzierung der Baukosten einen jährlichen Zuschuss über die Vertragslaufzeit an den freien Träger zu bezahlen. Der von der Gemeinde für den Betrieb zu tragende Kostenanteil wird im Übrigen über die Grundlagen des KitaG geregelt.

Der Konzessionär wird verpflichtet sein, dass vorliegende Raumprogramm für insgesamt mindestens 200 Kinder (25 U3-Plätze, 25 Ü3-Plätze und 150 Hortplätze) und 80 Mensaplätzen planerisch und baulich umzusetzen und die Kombieinrichtung 30 Jahre zu betreiben.

Mit dem Teilnahmewettbewerb verpflichteten sich weder die Vergabestelle, noch die Gemeinde zum Abschluss von Verträgen mit den Bewerbern. Die Vergabe blieb vorbehalten, sollte sich die Bau- und Dienstleistungskonzession gesamtwirtschaftlich als nicht darstellbar bzw. finanzierbar erweisen.

Bei der Auswahl des Auftragnehmers musste die Vergabestelle die Vorgaben des Haushalts- und Vergaberechts berücksichtigen. Zu beachten war insbesondere § 3 des Brandenburgischen Vergabegesetzes (Bbg-VergG). Demnach waren Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen zu vergeben und die

Teilnehmer an einem Verfahren zur Vergabe einer Konzession gleich zu behandeln.

Den Zuschlag sollte der Konzessionär erhalten, der anhand der in den Verfahrensbedingungen sowie der Leistungsbeschreibung mit Wertungsmatrix festgelegten Zuschlagskriterien nach Endauswertung die höchste Punktzahl erhielt.

Der Konzessionär hatte alle relevanten Normen und sonstige rechtlich verbindliche Vorgaben zu beachten sowie alle erforderlichen Genehmigungen, Bestätigung etc. rechtzeitig und auf eigene Kosten einzuholen.

### **Beschreibung der Beschaffung**

Dienstleistungskonzession zum Planen, Bauen und Betreiben einer Kombieinrichtung (Kita, Hort und Jugendclub).

### **Zuschlagskriterien**

Qualitätskriterium - Name: Pädagogisches Konzept / Gewichtung: 20

Qualitätskriterium - Name: Konzept zur Einbindung der Gemeinde / Gewichtung: 10

Qualitätskriterium - Name: Vertrag / Gewichtung: 35  
Preis - Gewichtung: 35

## **Gleichwertigkeit bei Produktbezogenheit in der Ausschreibung**

von Thomas Ax

Nach § 31 Abs. 6 VgV darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; diese Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

Der öffentliche Auftraggeber hat gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 VgV die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang

zum Vergabeverfahren gewährt. In der Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Solche Verweise sind nur zulässig, wenn dieser Verweis durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (§ 31 Abs. 6 S. 1 letzter Halbsatz VgV) oder wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann (§ 31 Abs. 6 S. 2, 1. HS VgV).

Herstellerverweise sind durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (Senatsbeschluss vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15 - juris, Rn. 23).

Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu (Senatsbeschluss vom 6. Juli 2005, VII-Verg 26/05 - juris, Rn. 6; Traupel in Müller-Wrede, VgV/UVgO Kommentar, 2017, VgV § 31 Rn. 69; Prieß/Simonis in Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2017, § 31 Rn. 48).

Die Entscheidung muss aber nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein; wenngleich eine vorherige Markterkundung nicht erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, Verg 10/12; ebenso OLG München, Beschluss vom 9. September 2010, Verg 10/10 und OLG Jena, Beschluss vom 25. Juni 2014, 2 Verg 1/14; Prieß/Simonis in Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2017, § 31 Rn. 50 ff.). Die Darlegungslast für die Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung liegt beim öffentlichen Auftraggeber (Prieß/Simonis in Kulartz/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2017, § 31 Rn. 58).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Vergabesenat Düsseldorf eine sachliche Rechtfertigung für eine Produktvorgabe aus technischen Gründen bejaht, wenn bspw. im Interesse der Systemsicherheit und

Funktion eine wesentliche Verringerung von Risikopotentialen (Risiko von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen) bewirkt wird (Senatsbeschlüsse vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15; vom 22. Mai 2013, VII-Verg 16712 und vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16).

Sachliche Gründe sind im Einzelnen zu prüfen und zu belegen und zu dokumentieren.

Der Auftraggeber muss dokumentieren, ob und weshalb alternative Produkte hinter den an den Auftragsgegenstand gestellten Anforderungen zurückbleiben. Er muss außerdem ein gewisses Maß an Mehraufwand in Kauf nehmen, um die Kompatibilität von verschiedenen Systemen herzustellen oder Mitarbeiter im Umgang mit anderen Systemen zu schulen.

Selbstverständlich kann sich ergeben, dass die Vorgabe eines Herstellers gerechtfertigt ist.

Vorgaben können durch das Leistungsbestimmungsrecht der Vergabestelle gerechtfertigt sein, selbst wenn es sich um wettbewerbsbeschränkende Vorgaben handelt.

Nach ständiger Rechtsprechung ist der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitgehend frei. 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. 03.03.2010 - Az.: VII-Verg 46/09; B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09).

Hintergrund dafür ist, dass das Vergaberecht nicht regelt, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung. Die danach im jeweiligen Fall vorgenommene Bestimmung des Beschaffungsgegenstands ist von den Vergabeschlichtungsinstanzen im Ausgangspunkt nicht zu kontrollieren (OLG München, Beschluss vom 28.7.2008 - Verg 10/08; Beschluss vom 9.9.2010 - Verg 10/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010 - VII-Verg 42/09; Beschluss vom 3.3.2010 - VII-Verg 46/09; Beschluss vom 27.6.2012 - VII-Verg 7/12).

Allerdings ist die Definitionsmacht des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes nicht schrankenlos (OLG Düsseldorf, B. v. 22.05.2013 - Az.: VII-Verg 16/12; B. v. 01.08.2012 - Az.: VII-Verg 105/11; B. v. 25.04.2012 - Az.: VII-Verg 7/12; OLG Karlsruhe, B. v. 15.11.2013 - Az.: 15 Verg 5/13; OLG Naumburg, B. v. 14.03.2013 - Az.: 2 Verg 8/12; B. v. 20.09.2012 - Az.: 2 Verg 4/12; 2. VK Bund, B. v. 09.05.2014 - Az.: VK 2 - 33/14; 2. VK Sachsen-Anhalt, B. v. 19.10.2012 - Az.: 2 VK LSA 17/12). Der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers beim Beschaffungsgegenstand sind im Interesse der von der Richtlinie 2004/18/EG (nunmehr Richtlinie 2014/24/EU) angestrebten Öffnung des Beschaffungswesens der öffentlichen Hand für den Wettbewerb, aber auch der effektiven Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit wegen (vgl. EuGH, Urt. v. 10.5.2012 - C-368/10) durch das Vergaberecht Grenzen gesetzt.

Sie wird begrenzt durch die Verpflichtung, den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen (OLG Karlsruhe, B. v. 15.11.2013 - Az.: 15 Verg 5/13; B. v. 21.07.2010 - Az.: 15 Verg 6/10; OLG Naumburg, B. v. 14.03.2013 - Az.: 2 Verg 8/12; B. v. 20.09.2012 - Az.: 2 Verg 4/12). Darüber hinaus sind die Vorgaben des § 31 Abs. 6 VgV zu beachten, der vorschreibt, dass, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, der Auftraggeber in technischen Anforderungen (in einem weit zu verstehenden Sinn) nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren verweisen darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden.

Wie das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 12.02.2014, VII-Verg 29-13 ausführte, sind die dem Auftraggeber gesetzten vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des § 8 Abs. 7 EG VOL/A eingehalten, wenn

- die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist,
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Bewegt sich die Bestimmung in diesen Grenzen, gilt der Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit der Beschaffung

nicht mehr uneingeschränkt (OLG Düsseldorf, B. v. 12.02.2014 - Az.: VII-Verg 29/13; B. v. 22.05.2013 - Az.: VII-Verg 16/12; OLG Karlsruhe, B. v. 04.12.2013 - Az.: 15 Verg 9/13; B. v. 15.11.2013 - Az.: 15 Verg 5/13; VK Baden-Württemberg, B. v. 24.06.2013 - Az.: 1 VK 15/13; 2. VK Bund, B. v. 09.05.2014 - Az.: VK 2 - 33/14).

Zu beachten ist dann weiter, dass nunmehr Art. 18 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU verbietet, ein Vergabeverfahren mit der Absicht zu konzipieren, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt danach als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

Zudem lässt Art. 32 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2014/24/EU / § 14 Abs. 6 VgV die Wahl einer Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wegen nicht vorhandenem Wettbewerb aus technischen Gründen zu, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

Es spricht viel dafür die Anforderungen des Art. 32 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2014/24/EU / § 14 Abs. 6 VgV auch dann heranzuziehen sind, wenn zwar (pro forma) ein offenes Verfahren durchgeführt wird, durch die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung aber nur ein Bieter ein ausschreibungskonformes Angebot abgeben kann.

**Wird eine solche Leistungsbestimmung vorgenommen, dann sollte die Leistungsbestimmung auch dokumentiert sein.**

Die zunächst fehlenden Teile der Dokumentation der Leistungsbestimmung können allerdings im Nachprüfungsverfahren begrenzt nachgeschoben werden. Nach der Rechtsprechung des BGH (B. v. 08.02.2011 - Az. X ZB 4/10) kann der Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk zeitnah niedergelegt worden sind. In Anlehnung an § 114 Satz 2 VwGO können unter Umständen die für eine bestimmte Entscheidung maßgeblichen Erwägungen bzw. deren Dokumentation auch noch im Verlaufe der Nachprüfungsverfahrens bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden können (OLG Düsseldorf B. v. 08.09.2011 - Az.: VII-Verg 48/11, OLG Düsseldorf B. v. 23.03.2011 - Az.: VII-Verg 63/10,

siehe auch Vergabekammer Südbayern B. v. 08.10.2013 - Az.: Z3-3-3194-1-26-08/13).

Es erscheint nicht sachgerecht, eine inhaltlich vertretbare Entscheidung nur deshalb aufzuheben, weil es insoweit an einer nachvollziehbaren Dokumentation fehlt, wenn die Vergabestelle nach einer etwaigen Rückversetzung oder Aufhebung des Vergabefahrens dieselbe Entscheidung auf der Basis einer ausreichenden Dokumentation erneut treffen könnte.

Die Dokumentation ist kein Selbstzweck. Ein Bieter kann sich nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben (OLG München B. v. 02.11.2012 - Verg 26/12; B. v. 13.6.2006 - Verg 6/06).

**Das ist im Einzelfall auszutarieren.**

Verweise sind weiter ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Das ist im Einzelnen zu prüfen und zu belegen und zu dokumentieren.

Diese Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen. Andere Zusätze sind unzulässig.

Zudem ist zu überlegen ob jeweils sog Gleichwertigkeitsparameter mitgeteilt werden (müssen).

Die Forderung von Gleichwertigkeitsparametern wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. Januar 2013 – Az.: Verg 33/12 –; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 29. Januar 2015 – Az.: 1 VK 59/14 –; Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prießders./Simonis, a.a.O., § 31 Rn. 60; wohl auch Heiermann/Zeiss/Summa-Zimmermann, a.a.O., § 31 VgV Rn. 66: „weitere generische Merkmale über das Leitfabrikat hinaus [...]").

Die Leistungsbeschreibung muss klar und eindeutig bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Produkte anderer Hersteller, die von den im LV vorgeschlagenen Herstellern und Produkten abweichen, als gleichwertig zu betrachten sind.

Das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung ist Ausdruck des Wettbewerbsgrundsatzes, des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbotes nach § 97 Absätze 1 Satz 1, 2 GWB (VK Bund, Beschluss vom 27.08.2012, Az.: VK 2-65/12). Es verlangt im vorliegenden Zusammenhang nach § 31 Abs. 6 VgV,



dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; diese Verweise sind mit dem Zusatz oder gleichwertig zu versehen.

Wenn der AG in den entsprechenden Positionen des LV Richt- und Leitfabrikate lediglich beispielhaft vorschlägt und mit dem Zusatz oder gleichwertig versieht, um den Bietern bei der Angebotserstellung eine Hilfestellung zu geben, die anhand der angeführten Richt- und Leitfabrikate die Anforderungen des Leistungsverzeichnisses besser und plastischer verstehen sollen, dann hat der AG mit dieser sog. unechten Produktorientierung keine offene oder verdeckte Festlegung auf ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Herstellers vornehmen wollen. Allerdings hat dann der AG in der Leistungsbeschreibung nicht klar und deutlich angegeben, hinsichtlich welcher Leistungsmerkmale Gleichwertigkeit gefordert und nach welchen Parametern diese zu bestimmen ist. Der Auftraggeber muss auch im Falle einer sog. unechten Produktorientierung in der Leistungsbeschreibung klar und deutlich angeben, was er als gleichwertig einstuft. Dabei muss er vorgeben, was er als eine wesentliche und unbedingt zu liefernde Produkteigenschaft verlangt, von der nicht abgewichen werden darf. Der Auftraggeber muss weiter konkret bezeichnen, von welchen Leistungsmerkmalen und -anforderungen er Abweichungen zulässt. Wenn der Auftraggeber die Gleichwertigkeit in diesem Sinne nicht näher definiert, besteht die Gefahr der Willkür des Auftraggebers im Hinblick auf die Bewertung der Gleichwertigkeit eines angebotenen alternativen Produktes eines anderen Herstellers. Der Bieter liefe dann schnell Gefahr, mit seinem Angebot gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen zu werden, wenn er anstelle der in der Leistungsbeschreibung angeführten Richt- und Leitfabrikate alternative Produkte anderer Hersteller anbieten will. Die Bieter müssen daher wissen, auf welche Eigenschaften und Maßstäbe es für die Erreichung des angestrebten Qualitätsniveaus ankommt, wenn sie anstelle der in der Leistungsbeschreibung angeführten Richt- und Leitfabrikate alternative Produkte anderer Hersteller anbieten wollen.

Die pauschale Forderung des Auftraggebers nach einer Gleichwertigkeit alternativer Produkte anderer Hersteller reicht jedenfalls nicht aus. Der Auftraggeber hat gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB die Pflicht, die Leistung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Vergleichbare Angebote liegen bei der Ausschreibung eines Richt- und Leitfabrikates mit dem Zusatz oder gleichwertig aber nur dann vor, wenn der Auftraggeber bereits in der Leistungsbeschreibung klar und deutlich angibt, was er als gleichwertig einstuft, insbesondere was er als eine wesentliche und unbedingt zu liefernde Produkteigenschaft verlangt, von der nicht abgewichen werden darf, und von welchen Leistungsmerkmalen und -anforderungen abgewichen werden darf (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss von 09.01.2013, Az.: Verg 33/12; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.01.2015, Az.: 1 VK 59/14; VK Nordbayern, Beschluss vom 06.07.2016, Az.: 21.VK-3194-04/16; sehr anschaulich NK-BGB, 3. Aufl., 2016, Anhang II zu §§ 631-651 BGB, Rdn. 71; Burgi/Dreher, Vergaberecht, VgV-SektVO-KonzVgV-VSVgV,-VOB/A-EUVOB/A-VS, 3. Aufl., § 31 VgV, Rdn. 119 f.; Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, a.a.O., § 31 VgV, Rdn. 63; Reichling/Scheumann, GewArch 2019, S. 58 ff.). Der Auftraggeber muss klar und eindeutig festlegen, welche der in den entsprechenden Positionen des LV genau benannten Leistungsmerkmale (Maße, Konstruktion, Materialien, Ausführung) als wesentlich und unbedingt zu liefern einzustufen sind und inwiefern er für die in den entsprechenden Positionen des LV genau genannten Leistungsmerkmale und -anforderungen Abweichungen zulässt. Es darf nicht unklar bleiben, wann eine Abweichung der Produkte anderer Hersteller von den vorgeschlagenen Richt- und Leitfabrikaten die Beschaffenheit und Funktion nicht beeinträchtigt und wann eine solche Abweichung als gering einzustufen ist. Auch muss der Wertungsmatrix des AG, insbesondere den zum Zuschlagskriterium Technischer Wert aufgestellten Bewertungsmaßstäben, klar und eindeutig entnommen werden können, was der AG als wesentliche und unbedingt zu liefernde Produkteigenschaften verlangt, von denen nicht abgewichen werden darf, und von welchen Leistungsmerkmalen und -anforderungen der AG in welchem Ausmaß Abweichungen zulässt. Auch muss den vom AG definierten Ausschlusskriterien (Angaben/Nachweise) klar und eindeutig entnommen werden können, was der AG als gleichwertig einstuft. Der AG muss mit den Ausschlusskriterien vorgegeben, was er im Hinblick auf Maße, Konstruktion, Materialien und Ausführung als wesentliche und unbedingt zu liefernde Produkteigenschaften

verlangt, von denen nicht abgewichen werden darf, und von welchen Leistungsmerkmalen und -anforderungen er Abweichungen zulässt. Andernfalls verstößt der AG gegen seine aus § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB folgende Pflicht, die Leistung (im Hinblick auf die von ihm zugelassenen gleichwertigen Produkte) so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können, VK Thüringen, Beschluss vom 21.11.2019 – 250-4003-15123/2019-E-021-EF.

Dagegen lässt sich einwenden, dass diese Ansicht nicht dem Wortlaut von § 31 Abs. 6 Satz 2 VgV entspricht, weil darin allein von dem Erfordernis eines Gleichwertigkeitszusatzes die Rede ist – hingegen nicht von weiteren Angaben, die über diesen Zusatz hinaus gehen. Zum zweiten läuft sie dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift zuwider, die dem Wettbewerb dienen bzw. unnötige Wettbewerbsbeschränkungen verhindern soll (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-ders./Simonis, a.a.O., § 31 Rn. 36, 39, 59, s. Rn 66) – würde doch ein Gleichwertigkeitsparameter ebenso produktspezifische Angaben enthalten wie ein Leitfabrikat. Damit wäre der Wettbewerb gleichermaßen, wenn nicht sogar doppelt eingeschränkt.

Außerdem wird von vorgenannten Meinungsvertretern eingeräumt, dass es insbesondere im technischen Bereich denkbar ist, dass die Anforderungen, die an ein Produkt gestellt werden, eindeutiger und präziser durch die Nennung eines bestimmten Fabrikats beschrieben werden können (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-ders./Simonis, a.a.O., § 31 Rn. 63).

#### **Das ist im Einzelfall auszutarieren.**

Zu klären ist weiter Folgendes:

Die Angabe eines Leitfabrikats mit dem Zusatz "oder gleichwertig" berechtigt zur Abgabe mehrerer Hauptangebote. Nur wenn der Nachweis der Gleichwertigkeit der abweichenden Leistung zusammen mit der Angebotsabgabe erfolgt, handelt es sich um ein zulässiges Hauptangebot. Zudem muss das angegebene Schutzniveau der vorgeschlagenen Alternative den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprechen.

#### **Das ist im Einzelfall auszutarieren.**

---

# Impressum

## Herausgeber:

### **DR. JUR. THOMAS AX**

Maîtrise en Droit International Public  
(Paris X-Nanterre)

## Rechtsanwalt, Seniorpartner und Kanzleihinhaber [Ax Rechtsanwälte](#)

1996 in FFM zur Rechtsanwaltschaft zugelassen blickt Thomas Ax auf über 20 Jahre anwaltliches Tun und viele Jahre Lehrtätigkeit als Professor in Karlsruhe und Heidelberg und mit den Jahren zuvor als Doktorand, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Rechtsreferendar bzw. Assessor in Sachen Vergaberecht zurück.

Seit 1993: Mehr als 1000 Fachbeiträge in Fachzeitschriften zu vergaberechtlichen, baurechtlichen und architektenrechtlichen Praxisproblemen; mehr als 70 Handbücher, Leitfäden sowie Kommentare; Herausgeber von Fachzeitschriften.

Projektentwicklung, -konzeptionierung, -begleitung, -steuerung, -umsetzung für öffentliche und private Kunden mit der [Ax Projects GmbH](#).

Umfassende kommunale Beratung in der [InterKomm.eu](#).

## Redaktion:

Tobias R.C. Schmitt

## Urheber- und Verlagsrecht:

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Herausgebers in irgendeiner Form reproduziert werden.

**AX VERLAG**  
FÜR VERGABE- UND VERTRAGSRECHT 

Uferstraße 16  
69151 Neckargemünd

Tel.: +49 (0)6223/8688613

Fax: +49 (0)6223/8688614

[www.ax-verlag.de](http://www.ax-verlag.de)

[mail@ax-verlag.de](mailto:mail@ax-verlag.de)

ISSN 1862-9458



